依照最新法制編纂

中國法制史

民國二十一年一月出版

朱方著

上海法政學社出版
廣益書局經售

依照最新
法制編纂

中國法制史

朱方著

上海法政学社出版
廣益書局經售

中華民國二十年十二月出版

依照最新法制編纂

中國法制史

編纂者 律師朱方

校訂者 吳瑞書

出版者 上海法政學社

經售處 上海福州路中市 廣益書局

全書一冊

定價銀一圓四角

分經售處 廣州 長沙 漢口 北平 南昌 宜昌 開封 瀋陽 廣益書局暨全國各大書坊

編輯大意

一　本書係參攷九通及歷代刑法志而成。而又旁稽諸子百家及歷代史乘。上溯唐虞。下迄民國。實爲吾國五千年來之一部完備法制史。

一　本書編纂。悉依年代爲先後。計分五大時期。自唐虞至周末爲創造時期。自秦至隋爲因革時期。有唐一代。上集大成。下開後代。實爲繼往開來者。獨列爲完成時期。自宋迄清同治。則爲沿襲時期。自清光緒以至今日。則爲變動時期。蓋以清末變法。實開五千年來未有之奇局。一掃唐虞以來之禮教思想。故不可不獨列爲一個時期。

一　凡敘述史事。如史乘中有彼此歧異者。如紀與傳不符。傳又與志不符。則據其傳述較多較正確者爲準。如彼此相等。則按其當時情形。以爲斷定。

一　本書名雖法制史實多專注意於刑法一部。蓋以古時民刑不分。凡出於禮者。一體而入於刑。故刑實卽爲法之大本。至行政法。工商法。以及審判制。自治制等。凡有關於刑法者。亦皆一一具載。其無關宏旨者。暫從略。

一　法律爲適應社會之物。故一時代之法制。必有一時代之民情俗尙。編者於此。輒用兢兢。閱者可由是而知吾國五千年來人民之思想習尙。以及國家之治亂安危。

一　敘述史事。最忌枯澀。使閱者沉沉欲睡。而法制史更易犯此病。故編者於此。力求引人興味。每於敘述之中。略加論議。庶夾議夾敘。不至文章板滯。

一　本書出版匆促。編者又見聞無多。訛謬之處。自知不免。而手民誤植未及校正者。當亦甚衆。還希　高明隨時指示。於再版時加以修正。

序

今之學者。震於歐美之文明。輒不惜孳孳研究。此固未可厚非者。然偏於彼者。往往又失於此。極其結果。數典忘祖。對於拿破崙華盛頓。則知之甚詳。而唐堯虞舜之爲何人。則茫然矣。對於柏林巴黎。則知之甚熟。而泰山黃河之在何地。則惛然矣。以吾中國之人。而不知中國之事。其恥孰甚。夫此尙指尋常之歷史地理言。若一國之典章法制。自有一國之精神所在。雖有時不妨擷人之長。然亦不能盡棄吾之所固有。東施效顰。適彰其醜。況所效者未必西子。其醜孰甚。法學家恆言曰。法律者。非能創造社會。乃順適社會者也。誠哉其然。苟不明乎此。將固有之一切典章法制。盡付東流。而專拾取他人之所有。以資應用。則其不能得羣衆信仰者。蓋亦固其所也。故立法者於此。必先求諸成規。攷諸習尙。採諸民情。而後順

適之以定其標準。決非可閉門造車也。而因之研究法制者。亦必探其本尋其源。而後左右咸宜。不至塗飾附會。然而環顧今之法學界。能知是者有幾。吾友朱子方。獨爲人之所不爲。於律務之暇。撰有中國法制史一卷。計十有六萬言。上溯唐虞。下迄民國。或致果以求因。或得因以尋果。不特將吾國五千年來之法制。一一羅列。更由是而可推求吾國五千年來之政體。民情。風俗。習尙。舉類邇而見義遠。誠不可多得之作品也。雖少橫的分析。而又專注重於刑法一部。未及將各種制度文章。一一敘述。然其博大精深。則已難能可貴。大醇誠不害小疵也。況其於緖言及結論中。已將此節臚陳。其用心之苦。下筆之難。翻擷之勞。吾人正不難想像得之。而其炯炯巨眼之處。更有爲吾人不可不注意者。如敘述法制之起原。而揮斥神權學派於門外。如敘述法治之興替。而力言禮治之未嘗一日行於秦後。如

敘述清末新舊之爭。而深慨今日尊重法律者之衰微。此皆發人之所未發。其外論議。亦極手揮目送之妙。意者朱子執行律師職務久。目覩今日社會情狀。司法權威。故不禁於此有所感喟乎。朱子每有著述。必囑予爲校讎。今既成。爰本所見而爲之敘。想不爲朱子所呵也。

中華民國二十年十二月十日吳瑞書

中國法制史目次

緒言……一
第一節　法制史……一
第二節　法制史研究之方法及學派……四
第三節　世界法系之概略……八
第四節　中國法制史……一四
第五節　本書研究之範圍……一七
第一章　創造時期之法制……二三
第一節　唐虞……二三
第二節　夏商周……二五
第三節　禮治與法治之興替……二九

第四節　上古法制發達之順序……三四
第二章　因革時期之法制……三六
第一節　秦……三六
第二節　秦法與後世之關係……四〇
第三節　漢……四二
第四節　後漢……四九
第五節　漢法與後世之關係……五二
第六節　法治與人治……五五
第七節　三國……六〇
第八節　晉……六三
第九節　南北朝……六七
第十節　隋……八〇

第十一節　因革時期歷朝法典之系統……八五
第十二節　創造因革兩時期歷代刑罰之比較……八九
第三章　完成時期之法制……九四
第一節　唐初之法制……九四
第二節　修訂後之唐律……九八
第三節　唐律之精神……一一六
第四節　唐律疏義……一二三
第五節　唐律之刑名……一二六
第六節　唐律之審判制度……一三〇
第七節　唐律頒行後之格式……一三六
第八節　唐代法制之系統……一五二
第九節　唐律與後世之關係……一五八

第四章　沿襲時期之法制……一六一
第一節　五季……一六一
第二節　宋……一七一
第三節　遼金……一九六
第四節　元……二〇六
第五節　明……二一六
第六節　清……二四二
第五章　變動時期之法制……二六一
第一節　變動之初期……二六一
第二節　新舊之爭……二六九
第三節　民國以來之根本法……二七四
第四節　民國以來之審判制度……二八〇

第五節　民國以來之司法法令……二八五
結論……三三〇

中國法制史

法學士朱方纂述

緒言

第一節　法制史

國於天地。必有與立。國之所與立者。誰歟。曰法而已矣。孟子曰。上無道揆。下無法守。賊民興。喪無日。是卽無法之足以亡人家國。不可以一日立於天地也。法之所由起者。誰歟。曰風俗而已矣。民情而已矣。王道不外人情。人情外決無法之可言。故古先哲王之制法也。必本於至正至公。順天下之情。以爲之防。生民之初。草木榛榛。鹿豕狉狉。必將假物以爲用者矣。用而不已。則必至於爭。爭而不已。於是就其賢且智者而聽命焉。賢且智者亦不能以己之見以斷其是非曲直。必察乎人情。度乎事理。而後爲之判斷。告之以直而不改。則痛之而後畏。此法之所由來也。一人如是。千萬人如是。一案如是。千萬案如是。於是將已成之案。彙集而畫一之。類別而整齊之。此法制之所由來也。法制既成。則人人有以知守。不敢逾越一步。以自入於戾。故曰劃地爲牢。議不入。刻木爲吏。期不對。而國家之典章政教。人民之喪葬昏冠。皆依制

而定。故始也法制出於人心。而終也人心納於法制。蓋法非能自生者也。亦非能由一二人創作者也。必因乎風尙。順於人情。凡人情之所許可者。則以爲善。凡人情之所以爲不可者。則以爲惡。善者因之。而惡者禁之。是即曰法。故法之根本。一依於人情之所向背。迨法制既緣是而定。則成爲一種信條。風尙雖有變更。人情雖有改易。則亦不得不屈之以依歸於法。法之所禁者。則雖非惡而亦不許爲。法之所許者。則雖非善而亦可行。故曰始也法制出於人心。而終也人心納於法制。至風俗之所由來。人情之所由起。則由於環境。凡天時、氣候、地理、生活等等。皆爲其原因。熱帶之民多強暴。寒帶之民多柔弱。近山之民多樸質。近水之民多活動。生活溫飽者多淫虐。生活貧苦者多貪瀆。相聚相處。相游相嬉。而風尙以成。人情以立。所謂是非曲直。即緣是以生。是非曲直生。則法制以立。此法制之起原。無問乎中外文野。皆相一致者也。

法制起矣。宜可一成而不變者也。然而環境有變易。則風尙人情。即緣之而亦變更。而昔之所謂是非曲直者。至是亦漸覺其不與人心相協。加以生活之變更。事物之繁複。凡昔日所定之法制。有一部分在實際上已不能適用。於是伸法則背乎情理。順乎情理。又不免於屈法。左右皆難。彼此俱非。於是法制

之變易起矣。三王不相襲。五帝不相沿。夏尙忠。殷尙質。周尙文。非好爲變法也。其事勢不得不然也。然其大體所在。則仍前後一貫。亙古不易。故殷因於夏禮。所損益可知也。周因於殷禮。所損益可知也。蓋於不相沿襲之中。仍有相沿相襲者在。所以研究法制者。必須明其系統之源。察其遞嬗之迹。由後而溯前。由博以求約。更察其所以變者。而求其所以不變者。則上下數千年來之政治、風俗、人情。舉可示諸掌上。而對於今後之立法者。亦有以參攷。樹之風聲。用爲準繩。既不致生今而反古。亦不致忘古而崇今。此法制史之所以可貴。凡研究法學者。不得不更趨重於歷史也。蓋彰往而後察來。書曰。殷鑒不遠。卽在夏后之世。是非虛語也。

法者何。常也。則也。凡有定式可以使人遵循則效而莫或敢違者。是謂之法。故法爲一切制度之統稱。禮所謂謹修其法而審行之。卽指此也。故周禮言懸法。魯論言審法度。墨子言天下從事者不可以無法儀。孟子言上無道揆。下無法守。皆指一切政教典章而言。制者何。斷也。制也。故凡已成之法則曰制。言以法斷之制之也。故所謂法制者。卽包括國家一切之法律制度典章文物。所以興功懼暴。定分止爭。循是者吉。違是者凶。禮所謂命有司修法制。繕囹圄。蓋卽指是其所以命有司者。卽以國家之法制諄諄以

告之也。其所以修法制者。即將法制整齊而畫一之。使適乎人心。用以詰姦宄。除暴亂也。其所以繕囹圄者。即為不遵法制者懲治之所也。故國於天地。必有法制。法制史者。即專以研究法制之歷史。以溯往而知來者也。法之起也。由於俗尚人情。而俗尚人情。由於環境。一時代創之。千百代承之。不過環境有變遷。而於是俗尚人情亦有變遷。因之而法制亦不得不隨時以為變遷。今世言法學者。以法律之淵源。為道德、為宗教、為習慣、為學說、而法律之分類。則有固有法與繼承法之別。所謂道德、宗教、習慣、學說者。即由於環境而生之俗尚人情。而所謂固有法者。則基於本國之地勢、人情、風俗、習慣、氣候等而作成之法律。更依本國之地勢、人情、風俗、習慣、氣候、以發達之法律。所謂繼承法者。則沿習舊法以修改之法律。凡首創之法。則為固有法。而後之制法者。雖有所損益。要亦不過舊法之一部分。而其大體。則繼承舊法者也。法制史之意義。即在由今日之法制。而推溯及於舊時之法制。更因舊時之法制。以攷覈今日之法制。明其變易之迹象。求其變易之所以。核其得失。察其因果。此即法制史之所由作也。

第二節 法制史研究之方法及學派

自來研究法制史者。不外二派。其一為由古以證今。其一為由今以推古。由古證今者。重在理性。大

都根據自然法學。所謂自然法學者。卽主張普通不易之理想法。存於現實法之上。而以之爲模範標準。質言之。卽推究生民初代之人性以爲根據。凡對於古代之天時、氣候、地理、生活。皆在在留意。而後本此情狀。以觀其法制之創立。法制旣立。則後日之因革損益。卽可示諸掌上。蓋以爲法制之成立。皆非人力所能爲。必隨自然之法則以行。所謂莫或使之。若或使之。而由今推古者。則重在經驗。雖亦不能越出自然法學之範圍。然以經驗爲知識之淵源。先研究近代之國家狀態。更進而研究其法制之精義。夫然後層層逆溯。以至於上古。蓋以上古典籍所載。多荒唐難稽。不足成爲信史。不如據現在吾身所行者而推溯之。庶可以得其大概。前者爲自然法學派。而後者則爲歷史法學派。然二者並非不能相容者也。言自然法學者。亦不能不顧及經驗。而歷史法學派。亦不能不承認上古時代法制創立之由於自然。雖一部宗教家。極主張神權法學。謂法制之成立。由於神之所授。非人力所能成。然在今日科學昌明時代。此說已不足一噱。雖歷史所詔。法制之成立。有不少承襲宗教而來者。卽以吾國言。一則曰「恭行天罰」。再則曰「天工人其代之」。三則曰「天命有德。五服五章哉。天討有罪。五刑五用哉」。四則曰「天聰明。自我民聰明。天明威。自我民明威」。五則曰「今天相民。作配在下」。然此不過立法者恐民之不我聽。

而假設神道以威之。而其所以如是者。亦不出於當時之風俗習尚如是。而此風俗習尚之所以成。亦不出於天時、氣候、地理生活等關係。蓋卽不出自然之範圍。故歷史法學派。神權法學派。其對於自然法學。皆不能一筆抹殺。蓋法制決非任何人能以一己之理想創造而成。恰如語言之發達於人民自然之中。非可勉强而致。然在歷史法學派。則於自然而外。更認爲有人力參加於其間。故善政則民氣。寬則法弛。暴政則民亂。亂則法嚴。不然者。何以同一人種。同一國家。同一環境。而其法制有絕對不相同者。故平心言之。自然法學派之主張。固自有其顚扑不破之理論。而歷史法學派之主張。亦不少眞理所在。大概在創造時期偏重自然。而一至完成時期。則以經驗爲多。且此中更有一區別點。言自然法學者。多趨重於大同主義。而歷史法學。則本於愛國心。故歷史法學派主張之特徵。卽爲愛國精神之表現。故其研究法律。在在以本國之歷史爲根據。而推闡其事實。以表示其本國之習尚風俗。以激起國民之愛國心。蓋自其內容言之。純爲表示其一種民族精神。卽以法制爲民族精神之表現也。此二派學者。至今分途發展。然近頃已有漸相接近之勢。不似昔日之對峙。故不問爲由古證今。爲由今推古。皆有一共同之主張。卽皆本於本國之民族狀態。以爲硏究之對象。而法制進化發達之順序。亦有不少一致之點。其先也則爲

私人間之復仇。所謂殺人之父。人亦殺其父。殺人之兄。人亦殺其兄。其後復仇之事日多。引起社會不安。秩序紊亂。於是設法以限制之。不許私人復仇。而由社會制裁。於是法制生焉。然其內容仍不外報復主義。殺人者死。傷人者人亦傷之。例如刖人之足。人亦刖其足。矐人之目。人亦矐其目。不過不由於私人間之報復。而由於社會之復仇。同時因生活日繁。舊日之技能。不足以應用。更有技術規範發生。所謂技術規範者。即須布一種法則。以管理一切事務者也。而此疆彼界。亦是時而漸確定。不得侵越。苟不率者。則以刑制裁之。使之痛而後畏。故奪人之田者。人亦奪其田。然復仇之法則。有時而窮。於是進一步而有賠償之法則。以免雙方蒙其不利。蓋即今日民法制裁之起原。賠償之制。與再進一步則為扣押制度。凡應履行賠償而不為賠償者。則以扣押行之。或扣押其妻子為奴婢。或扣押其財產以代賠償。而今日民事訴訟法上之扣押及刑事訴訟法上之交保。即由是而成立。但民刑不分。實體法與訴訟法不辨。而同時技術規範之外。又創生道德規範。蓋技術規範。隨人民生活上應生目的之數量而存在。因欲達一定之目的。故特定法則以為指示之方針。而道德規範。則在規定各目的間之關係。即何種目的。應先實現。何種目的。應予犧牲。而為人類活動之準則。庶以維繫秩序。此道德規範。與社會制裁。相輔而行。大都合於

道德規範者。則認爲善。反之違乎道德規範者。則認爲惡。而設法以制裁之。而久之又久。遂成法制。此則法制進化之途逕。無論自然法學派或歷史法學派。皆不容否認者也。蓋一方固合於自然。而歷史上事實所詔。又確如是。今之言法律淵源者。必本於道德宗教習慣等等。蓋以此也。至道德與法律之分離。則在法律進化時代。在創造時代。則出乎禮者。即入乎刑。道德與法律。固非二物也。

第二節 世界法系之概略

法制之成。既由於天時、氣候、地理、生活而來。故世界各民族之法系。不必盡出於一致。然法制之淵源。既出於人類之自然。則又不必全相異致。理性法學派。故認法制爲人類理性之產物。蓋以此也。所謂理性法學派者。即認法律產生於人類之理性。既非神授。亦非自然。與神權法學派及自然法學派。同爲研究上古法律創造之起因者。然理性之生。亦不出於環境。環境即自然也。蓋亦根於天時、氣候、地理、生活等而來。環境既不同。則人類理性中所認爲善惡是非者。亦當然不相一致。况古代人各甘其食。安其居。樂其業。至老死不相往來。則當然無由共同。彼此各隨其習俗民情而訂立法制。甲不必同於乙。乙不必合於丙。其後則各本其時勢之所宜。以爲因革損益。故至中世。則愈趨愈歧。必待交通發達後。彼此接

近之機會自多。則感於時勢之需要。而採人之長。舍己之短。相融相洽。而又歸於一致。故世界法律。至今迨已有漸趨一致之傾向。至溯其宗源。則固各有其法系也。今之研究古代法系者。大概分爲五大法系。除吾國自成一法系外。則有印度法系。回回法系。羅馬法系。英吉利法系。其外如猶太法系。在昔日雖曾盛及一時。然至今日。國亡而法亦消滅。雖摩西十誡。至今尚爲信奉耶教者所宗。而猶太人亦尚有篤守其舊法者。然在世界上已無足輕重。若斯拉夫法系。雖在斯拉夫人。亦嘗自豪爲自成一大法系。然多沿襲羅馬法系及英吉利法系而來。其在南斯拉夫。則更受羅馬法系及回回法系之支配。殆不足與中國法系等並稱。故世界法系。只有五者。茲一一說明之如下。

印度法系。以婆羅門法爲最古。印度爲東方一大古國。地大人衆。不過以人種龐雜之故。不相一致。故一再爲異族所征服。初爲阿利安人。繼爲白爾沙人。三爲腓尼基人。四爲土耳其人。五爲蒙古人。最後則爲英吉利人。其初創成法制者。則爲阿利安人。即所謂婆羅門法。蓋即馬倫法典也。此法典之內容。頗重階級制度。其一爲僧侶。即婆羅門是也。其二爲武士。其三爲庶民。其四爲奴隸。此馬倫法典。雖已頒行在四千餘年。然至今印度人尚多沿用之。雖國亡於英。而除公法及新興之商法概用英吉利法律外。餘

悉受馬倫法典之支配。其效力亦至可驚也。婆羅門法而外。更有佛教法。佛教法在佛教發達之後。其初成者。則爲達摩法典。專以打破婆羅門法之階級制度者。在中世時代曾盛及一時、然以印度人慣於階級制度。不久此達摩法典漸見失勢、馬倫法典。重行振興直至於今。其一部依然支配印度全國。而所謂佛教法之達摩法典。反超越印度國境而漸行於緬甸暹羅等地。其後印度經土耳其人及蒙古人兩度侵入。又曾一時盛行回回法。蓋土耳其人及蒙古人多信奉回教者。其侵入時。挾回教以俱來。故一時不得不受其支配。後土耳其及蒙古人雖退出印度。而印度人之受回教思想者。正已不少、故至今仍有五分之一。信奉回回法。然其大多數、則固遵守其印度固有之婆羅門法也。

回回法系。以回教教主謨罕默德之可蘭經典爲唯一之法制。回回文化。以阿剌伯爲根源地、阿剌伯本自有其不完備之法制。迨謨罕默德出。努力打破舊法。提倡道德一神教。著有可蘭經。神合宗教政治法律於一爐。更有言行錄一書。除記載祈禱傳教等事外。更有不少之判決例。阿剌伯人信奉甚衆。且挾其兵力。東至印度。西至西班牙。更由喜馬拉雅山以至海中海沿岸。其後更建設以色列大帝國。努力推行其法制。回回法系。特別發展。然不幾時。以色列帝國衰微。因之回回法系。亦漸失墜。加以科學發達。

舊日之宗教思想。已不克維繫人心。故信奉回回法系者。除土耳其及波斯外。已無其人。自歐戰而後。土耳其及波斯。亦傾向於歐化。將固有之法制。大加改削。因是昔日盛極一時之回教法制。至是頓一落千丈。除信奉回教者仍視爲瓌寶外。迨已無一國奉行。即回回教徒。其視可蘭經典。亦僅等於耶教徒之視摩西十誡。只爲宗教上之一種重要信條。而不復有權力可以制裁民衆。蓋亦所謂物極必反也。

羅馬法系。今爲歐洲大陸各國所奉行。如法蘭西、如德意志、如意大利。殆均受其支配。至其起原。則非羅馬所自有。乃淵源於希臘者。希臘爲古代一大文明國。著有索倫法典。其內容甚爲完整。羅馬侵入後。一仍其制。其後有十二銅表之制定。即將羅馬全部法制。刊於十二銅表之上。以昭示國人。蓋古代法律。甚少公布。皆藏於內府。唯吏得知之。至是始行公布於世。猶之吾國春秋時代鄭子產之鑄刑書也。其後以文明日進。且以政治上之變遷。舊日十二銅標所刊布之法。不足以應用。更於舊法外隨時隨地制行新法以補充之。而學者間亦競起研究法制。私撰法典。如君士坦丁帝時之古里哥利安及傑爾摩尼安。尤爲著名。而特爾尼斯帝所編定之法典。更爲完善。幾幾至今仍爲各國立法者所奉爲圭臬。其後更有擴充。計羅馬法典。有法典、會典、及教科用典三種。至後更重行編纂新法。共成四種。其總稱則曰國法

會典。羅馬滅亡。歐洲各國。卽繼承其制。以至於今。未有多大變革。卽吾國今日所制定頒行之各種法典。亦有不少採用歐洲各國者。而歐洲各國之母法。則泰半爲羅馬法。故羅馬法之盛行。遠非印度法典及回回法典所能相提並論。歐洲學者謂羅馬號令於世界者三。統一世界者亦有三。當其盛時。以武力征服萬國。而國土統一。一也。帝國瓦解而後。仍握教皇之權。而宗教統一。二也。中世而降。使歐洲各國相率繼承其法律。而法律統一。三也。此雖未免誇張太過。然羅馬法系之至今尚存。則固無稍疑義也。

英吉利法系。並無何種成文法典。皆以習慣法行之。其起源在世界各法系中最晚。而其推行之廣。則與羅馬法系相等。至今仍分庭抗禮。蓋除英吉利及美利堅合衆國外。凡關於憲法及其他公法。殆無一不淵源於英吉利之習慣法。只民法仍繼承羅馬法系。故英吉利法系。在今日亦不失爲一種有力之法系。且以政治上之關係。其法境及法勢。日益優強。駸駸駕羅馬法系而上之。不過英吉利法系中。細爲分析。亦有不少繼承羅馬法系者。今日羅馬法與英吉利法。漸漸有合併之趨向。故在歐洲各國法制中。欲求何者採用羅馬法。何者採用英吉利法。則固甚難者也。

上述四大法系。前二者昔盛今衰。後二者則至今猶盛。若吾中國之法系。則自始至今。仍光明燦爛。

今雖因時勢之要求。改易舊觀。多取歐制。然其固有之精神。依然仍在。未便遽一筆抹殺也。蓋其優越之點。實超出上述之四大法系。可自豪前無古人。後無來者。其詳則當於下文第一章創造時期至第五章變動時期中縷縷詳言之。而綜其大要。則有五者。其一爲家族本位。吾國自成周以來。皆尙宗法。故視家族特重。家齊而後國治。國治而後天下平。國之大本。卽在於家。故凡家族與個人發生衝突者。必屈個人以伸家族。因之而上下之分嚴。尊卑之序明。試觀自周代以至淸末。其法律皆以保護家族爲本。與歐洲各國之偏重個人主義者。迥不相同。此爲吾中國法系之第一特色。其二爲義務本位。吾國素以禮教立國。三代以上。更盛行禮治。故先王議事以制。不爲刑辟。秦代而後。雖盛行法治。然不旋踵而覆亡。漢自文景以降。皆崇尙儒教。篤信儒術。士大夫口不言利。權利之說。直至淸末而始盛。然至今淸高耿介之士。仍以言利爲恥。故法律皆偏重於義務方面。其保護權利也。實出於法律之反射。而非其本質。故今日一進而爲社會本位。絕無窒礙難行之處。此爲吾中國法系之第二特色。其三爲非宗教。各國法典。皆不脫宗教臭味。而吾中國法系。則絕無此弊。古代雖有神道設教。然不過先王假託之以爲威民之具。然猶曰天視自我民視。天聽自我民聽。天聰明自我民聰明。天明威自我民明威。一方言天。一方卽言人事。宗教雖

存在。絕不干與政治而與法律更截然分離。且除元代外。各宗教悉屈伏於儒家之下。一聽儒家之支配。絕無如歐洲各國之由僧侶掌握政權者。此爲吾中國法系之第三特色。其四爲平等主義。吾國自秦代以下。除君主外。絕無貴族階級。故四民一體平等。王子犯法。庶民同罪。絕無階級之制。唐代而下。雖有官當制度。似官吏之地位較優。然官愈重者罰愈厚。赫赫師尹。民具爾瞻。雖可以官當罰。免於笞杖。然其名譽上精神上所受之痛苦。較平民之犯罪者更甚。且有在平民僅治以輕罰。而在官吏則須加等者。截長補短。亦未見其較平民爲優。古人所謂位愈尊者身愈危。正以此也。此爲吾中國法系之第四特色。其五爲社會主義。吾國法律之精髓。爲盡人之力。盡地之利。而政治上之大原則。則爲老有所終。壯有所用。幼有所長。鰥寡孤獨廢疾者有所養。故法律上在在抑制豪強。不許重利盤剝。不許以良作賤。而官吏之營商者更有禁。務使人民各安其業。各遂其生。此爲吾中國法系之第五特色。至其純潔獨立。未嘗一雜以他民族他國家之法系。則更足自誇。而爲上述四大法系所不及者也。

第四節　中國法制史

世界法系有五。而吾中國居其一。所謂五大法系者。上已述之。其一爲中國法系。其二爲印度法系。

其三爲回回法系。其四爲羅馬法系。其五爲英吉利法系。印度法系及回回法系。皆出自教典。純然政教不分。含有宗教上之臭味甚强。故在今日。已不復適用。而奉行之者。則僅限於印度人及信奉回教之人。羅馬法系。爲歐洲各國法制之所自出。凡歐洲大陸諸國。無不宗之。而英吉利法系。則行之於英吉利及美利堅合衆國。今世所謂大陸法系英美法系者。蓋卽羅馬法系與英吉利法系也。吾中國法系。則起原最古。蓋五千年來文明最古之國。其典章政教。當然燦乎其可觀。秩乎其可覩。上而虞夏商周。中而秦漢晉唐。下而宋元明淸。歷三千餘年。兀然存在。以成世界一大法系。雖疊經損益。每代不同。而其大要則一。故中國法制史者。乃用以專研究中國歷代之法制。使人油然起愛國之觀念。發思古之幽情。且以覘吾中國三千年來之也。政治風俗人情教化以及一切經濟生活。蓋亦吾中國人所不可不具之常識也。

凡言世界法制史者。大率分爲三時期。其一爲義務本位時期。其二爲權利本位時期。其三爲社會本位時期。義務本位。以倫理爲基礎。嚴以君臣父子。序以長幼尊卑。分以貴賤。別以男女。使人知其所以應盡之義務。應守之本分。苟有越出此範圍者。卽以法律制裁之。故是時之法制。包括禮樂刑政。其法之用也。非爲保護人之利益。實以禁止人之侵害他人利益。故明刑必先弼教。刑與禮幾同爲一物。古人所

謂禮禁未然之前。法施已然之後。卽爲義務本位之特色。權利本位。則法制爲保護人民權利之工具。吾有權利。他人不得而侵犯。苟侵犯者。則以法繩之。殺人者償命。借債者還錢。此義務本位之法也。而在權利本位。則雖同是規定。殺人者須償以命。借債者須還以錢。但其規定之意義。則不然矣。卽被殺者應向之索命。被欠者應向之索錢。蓋吾之有生命。吾之權利也。被侵害者。卽有向之索取抵命之權利。吾之有財產。吾之權利也。被侵害者。卽有向之索償之權利。此卽權利本位之法也。故以義務爲法之本位者。專重在義務。而倫常之間。尤爲兢兢。故父殺子與子弒父。雖同一殺人。而其罪大異。夫毆妻與妻毆夫。雖同一毆人。而其刑相殊。若以權利爲法之本位。則在在以權利爲重。只知權利之所在。不復有父子兄弟夫婦之分。故父子可以異產。夫妻可以析財。降至近代。則以社會爲法之本位矣。社會本位。專以社會福利爲依歸。私有財產權。本絕對無限制者也。而在社會本位之法。則有時可加以限制。私人契約。本可隨雙方之自由意思而訂立。不受第三人之干涉者也。而在社會本位之法。則有時可加以限制。旣不偏重義務。亦不偏重權利。在在以社會爲準鵠。故古代之法律專重義務。而近世之法律專重社會。吾國則自古迄今。篤守倫理主義者。故一切法制。皆以義務爲本位。未之或改。所謂孝弟忠信禮義廉恥。實爲人道之

大防。苟違是者。卽為惡。卽為罪。故不孝與謀反。其事雖相去懸殊。而同列於十惡。無分輕重。而施政發教。皆從倫理主義以出。只知其有應盡之義務。不知其有應享之權利。為人君。止於仁。為人臣。止於敬。為人父。止於慈。為人子。止於孝。皆為君臣父子應守之義務。魯哀公問政。子曰君君。臣臣。父父。子子。又曰君使臣以禮。臣事君以忠。此皆義務本位之表現。絕無人從權利方面着想者。故吾國之法制。自虞夏商周以迄明清。悉以義務本位為立法之本。可云三千年來未嘗有所變革。直至清季歐風東漸。始一反宿昔之舊。而今日國民政府所頒行之法制。則幾幾完全趨重於社會本位。然仍有不少根據吾國古昔之倫理主義者。蓋一國之法制。必有一國之特性。而與其國之天時、氣候、地理、以及經濟生活等。悉有不可分離之關係。雖不必强與人立異。亦正不必盡與人相同也。此研究中國法制史者。所不可不加之意也。

第五節　本書研究之範圍

吾國之所謂法制。其範圍至為廣泛。凡禮樂刑政典章文物。一切屬之。故不問立法、司法、行政、考試、監察。悉包括於其中。前清時所謂兵刑工禮戶吏者。無一不入於其中。卽如周官一書。為吾國古代記載一朝典章制度之書。而自天官以至冬官。無一不詳為羅列。不僅法律一端而已也。故所謂法制者。凡職

官、兵制、刑罰、田賦、貨幣、考績、斥涉、禮樂、教育、交通、以及地方自治等。無不畢備。鄭樵之通志。杜佑之通典。馬端臨之文獻通攷。即爲一種吾國完全之法制史。蓋吾國法制之意義。本若是其廣大無垠。苟缺其一即不成其爲法制史也。況吾國素以禮治爲宗。必不合於禮者。始以刑罰加之。故曰出乎禮於入乎刑。而刑之設。即所以補禮之不足。孔子曰。道之以政。齊之以刑。民免而無恥。道之以德。齊之以禮。有恥且格。季康子問政。孔子曰。政者正也。子帥以正。孰敢不正。是以治國之要。唯在重禮。必禮之不能及。而後以刑加之。故禮與刑幾同一物。不過禮則爲積極教民之物。而刑則爲消極禁民之具。司馬遷曰。法令者。治之具。而非致治之本。皋陶之明五刑。其作用全在弼五教。故不教而誅。謂之虐。所謂法制者。舉凡一切禮樂刑政典章文物而網羅之。非僅法律一端而已也。故只言法律而不及其他。不足以成一完備之法制史。即以法律言。吾國民刑不分。實體法及程序法亦不別。遠者無論。即檢閱清末頒行之一部大清現行刑律。即可知矣。其在今世。有若干應屬於行政法者。有若干應屬於民法者。有若干應屬於訴訟法者。而此則一體納入於刑法之中。蓋凡出乎禮者即入乎刑。不爲之一一分類也。故言中國法制史者。於此亦不可加之意也。

法制之意義。既若是其廣大無垠。則編述法制史者。亦應以是爲宗。凡歷代之職官制、兵制、刑罰制、田賦制、貨幣制、攷績制、斥涉制、禮樂制、交通制、教育制、以及地方自治制等。莫不一一爲之具述。庶合於所謂法制史者。然而本書編纂之意義。則不如是。專在講明歷代之刑罰制。故首重歷代法典之編纂。次之則歷代用刑之輕重。蓋其法典之編纂。必在開國之際。鑒於前朝之得失。而詳制法典。以號令天下。故寬則承之以嚴。嚴則承之以寬。此必然者也。然法無一成不變者。當其法典頒行之際。固自謂極合乎當世之人情俗尚。乃不數十年。而時局漸變。昔之所以治國治民者。至是或嫌其太苛。傷生害理。或嫌其太寬。不畏而狎。或嫌其太密。舉足羅網。或嫌其太疎。漏網日衆。於是又不得不因革損益。或輕之。或重之。而求其意於法律條文之外。是亦足以覘歷代民情之厚薄。風俗之盛衰。且也古代法律。民刑不分。亦無公法與私法之別。故凡行政法、懲戒法、民法、商法、以及訴訟法。悉包括於刑罰制之中。故一部法典。其條文至繁瑣。苟舉是而融會貫通之。則所謂職官制、兵制、田賦制、貨幣制、攷績制、斥涉制、禮樂制、教育制、交通制、以及地方自治制。亦可以思過半。不必再爲之一一網列也。故本書之所謂法制史。則專以講述歷代法律之制度。凡其制入於法者。皆爲之編列於其內。而無關於法者。則概從割棄。蓋爲狹義之法制史。而

非廣義之法制史。是則本書編纂之意義。而亦本書研究之範圍也。其所以不曰刑法史而曰法制史者。則以法之意義。甚爲廣泛。不止刑之一端。法可以統刑。而刑不可以統法。其所以不從廣義。而將職官制、兵制、田賦制、貨幣制、攷績法、斥涉制、禮樂制、教育制、交通制、以及地方自治制一併敍述者。一則其範圍太廣。非寥寥此十餘萬言之一册。所能詳悉靡遺。一則今人研究法制。十之九重在法律。除專門家外。絕少研究其他之典章制度者。况政治史、經濟史、教育史、交通史、以及風俗史、商業史等。皆已有專書出售。不必更附入於法制史中。故不如改從狹義。專以敍述法律之沿革。以成一家之言。此本書之研究範圍。而亦編纂本書之意義也。至法制史中有關涉其他制度者。則亦概爲附入。但其所重者。實在彼而不在此也。原來法制有廣義及狹義二種。廣義之法制。包括一切典章制度而言。而此狹義之法制。則專爲法律上之制度。凡關涉法者。悉包舉之。不問爲行政法。爲刑法。爲懲戒法。爲民法。爲訴訟法。本書所敍述者。即爲此狹義之法制也。

一部二十四史。果將從何說起。本書研究之範圍。固已如上所述矣。今再一言其體例。凡編纂法制史者。如爲廣義之法制史。則應按其類而爲區別之。先職官制。次刑制。次田賦制。次貨幣制。次攷績制。次

斥涉制、次禮樂制。次教育制。次交通制。最後則爲地方自治制。而於每類之中。再以時代爲區別。本書既敍述狹義之法制。則僅爲刑制之一種、雖其中包含行政法、懲戒法、刑法、民法、訴訟法等。然在古代。則不爲類別。統納入於刑法之中。强以現代法制之分類而敍述古代之法制。必致削足適履。況本書編纂之意義。在觀其歷代遞嬗之迹象。以求其民情俗尙。其沿襲而不變更者有幾。其損益而不仍舊者有幾。而其所以損益者。又爲何故。故以法典編纂之時代爲準。爲創造時期、因革時期、完成時期、沿襲時期、及變動時期五者。創造時期。則爲虞夏商周。此爲法制艸創時代。華離藍縷。大輅椎輪。因革時期。則爲秦漢晉隋。此爲法制發達時代。且是時五胡亂華。羣雄割據。在政治史及民族史上。皆不失爲一種大變動。故法制較備。完成時期。則爲唐代。此爲法制完成時代。唐代法律。上承周秦漢晉。下啓宋元明清。實爲吾國法制史上最不可磨滅者。至今國民政府所頒各種法典。其取材於唐律者。仍不爲寡。沿襲時期。則爲宋元明清四朝。此爲法制因襲時代。雖其間亦經過不少損益。代有法典編纂。然皆不出唐律之範圍。淸代之末。歐風東漸。由義務本位一變而爲權利本位及社會本位。於是三千年來之倫理主義法制。漸見澌滅。產生亙古未有之中華民國。產生亙古未有之中華民國法制。是爲變動時期。此本書編纂之體例。而三

千年來法制上因革損益之方。變化錯綜之迹。亦得以思過半矣。

第一章　創造時期之法制

第一節　唐虞

吾國民族。自西東遷。其見於歷史者。雖自三皇五帝為始。然已渺不可攷。直至唐虞。而始信而有徵。故孔子刪書。斷自唐虞。唐虞以上。則不可復見矣。依典籍所載。伏羲教民漁田。則漁牧之法制立。始作嫁娶。以定男女之禮。則婚嫁之法制立。神農教民稼穡。以播種土地。則田賦之法制立。日中為市。則商事之法制立。至於黃帝。則以兵征蚩尤。而兵制立。范金為貨。則貨幣之法制立。重門擊柝。則警察之法制立。創造書契。則契約之法制立。蓋上古生活簡單。戶口稀少。有社會而無國家。既有國家矣。其一切制度。亦甚不完備。大率因陋就簡。遇有事故。則隨時隨地以應付之。從無創立一種法制以為人民之準繩者。即曰有之。亦不過限於某一事。絕無大規模之法制者。蓋其法制之成。必先遇有此種事故。一而再再而三。反覆不已。成而為例。其事苟未嘗有者。即缺如焉。故即有法制。亦必限於某一事。然除此一事外。未必宴然無事也。遇有他種事故。即無以應付。於是反覆不已。再成一例。迨至事例既多。燦然大備。乃彙其相類者

而合一之。以成一種法制。然此所謂法制者。非以畏民。而實以教民。故先之以技術規範。繼之以道德規範。然不率者。則其道窮矣，不得不有以痛之。使之畏威而知權。而法由是生焉。故凡出乎禮者。即入乎刑，禮以治君子。而刑以威小人。孔子言君子懷德。小人懷刑。即屬於此。蓋君子知禮而趨，無所用其刑。而刑則專以治小人之不循禮者。禮謂禮不下庶人。刑不上大夫。仍本乎此。而古代之所謂刑。即今之所謂法也。吾國古法。在唐虞以前。固無可攷。不特法也。即一切規範亦不可攷矣。法之始見於史者。則爲尙書象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。朴作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。此舜之所以告皋陶也。皋陶作士。士者。司法者也。即今之司法官。舜以此告而皋陶以是治。但語焉不詳。所有五刑者。更不知何所指。果即周官之所謂五刑。抑在是時另有所謂五刑。而此五刑。又是否爲舜所造。抑在先代已本有此制而舜舉以告之。後世釋經者。聚訟紛紜。有謂周官之所謂五刑。乃苗民所造。而非唐虞時代之五刑，唐虞時代世際昇平。無爲而治。人人皆克己復禮。無所用其刑。更無所用其極刑。後世如漢文之主。尙不忍以肉刑罪民。而謂蕩蕩難名之堯舜。反用是殘賊人民乎。是時之所謂五刑者。蓋爲一種象刑。係畫衣冠。異章服。即愼到所謂布衣無領當大辟。幪巾當墨是也。故其開宗明義第一語。即曰象以典刑，然是說也。不免穿鑿，

在情理上決無是處。觀舜之流共工於幽州。放驩兜於崇山。殺三苗於三危。殛鯀於禹山。即可見是時之所謂五刑者。即周官之所謂五刑、其所云象以典刑者。正宋儒所謂描寫用刑之物象。而明示於人民。使之知所愧畏也。周代司寇。於正月垂刑象之法於象魏。使萬民觀刑象。即本乎此。且以事實推想之。舜所告皋陶之語。當爲一種文告之詞。蓋陳其典刑。以告萬民。猶今日頒行之一種宣言。故曰欽哉欽哉。惟刑之恤哉。其外更必有詳細之法典。犯某罪者治以大辟。犯某罪者治以宮刑。犯某罪者治以剕刑。犯某罪者治以劓刑。犯某罪者治以墨刑。有條有文。故不必細說。而已彼此曉喻。且舜之以五刑告皋陶也。亦不止一次。帝曰。皋陶。蠻夷猾夏。寇賊姦宄。汝作士。五刑有服。五服三就。五流有宅。五宅三居。惟明克允。所謂五刑有服。五服三就。五流有宅。五宅三居者。在當時更必有所指。且必有詳細之規定。此固不待舜之告語。而皋陶已知舜之所告皋陶者。不過勖以惟明克允而已。故又曰。皋陶。惟茲臣庶。罔或干予正。汝作士。明於五刑。以弼五教。期於予治。刑期於無刑。民協於中。時乃功。懋哉。皋陶亦喻舜之所以告語之故。故亦曰。帝德罔愆。臨下以簡。御衆以寬。罰弗及嗣。賞延於世。宥過無大。刑故無小。罪疑惟輕。功疑惟重。與其殺不辜。寧失不經。好生之德。洽於民心。茲用不犯於有司。此皆法外之意。舜以是告。而皋陶以是對者。至所

犯何罪。應處何刑。則必有詳備之法典。不過有所疑者。則寧失之輕。卽罪與罪當者。亦不及於嗣。蓋所謂好生之德。洽於民心也。且此寥寥數語。而細繹其意義。實已完備無倫。其曰宥過無大。刑故無小者。卽今日刑法上故意與過失之區別。過失者罪雖重而刑必輕。故意者罪雖輕而刑必當。其曰眚災肆赦。怙終賊刑者。卽今日刑法上初犯與累犯之區別。初犯者罪雖重而可赦。累犯者罪雖輕而必罰。此皆所謂刑期於無刑。民協於中也。大抵唐虞之時。刑罰以五刑爲主。可宥者則改爲流放。五刑者。墨劓剕宮及大辟。鞭則治官事之刑。朴則專用於教育。其輕微者。則可以金贖。此其大較也。

第二節　夏商周

夏商周之法制。其見於史籍者。除周代外。若夏若商。甚少概見。左傳謂夏作禹刑。商作湯刑。然皆在夏商叔季之世。故刑作而民叛。然據通典所載。則作禹刑者爲啓。而湯刑之作。亦在盛世。洎紂無道。乃重刑辟。作炮烙之刑。姑不問禹刑湯刑之作。究在何世。然夏商之有法典。已昭昭明甚。不過未傳於後。故其內容如何。不可得知。要皆不失唐虞之舊。略有損益而已。而見於尙書者。則有湯之官刑。卽所謂三風十愆也。敢有恆舞於宮。酣歌於室。時謂巫風。敢有徇於貨色。恆於游畋。時謂淫風。敢有侮聖言。逆忠直。遠耆

德。比頑童時謂亂風。咮其語氣。乃專為一種官吏之制裁。實卽今之官吏懲戒法。至周代則文獻大備。故其法制亦較詳。據周官所載大司寇掌建邦之三典。以佐王刑邦國。詰四方。一曰刑新國用輕典。二曰刑平國用中典。三曰刑亂國用重典。以五刑糾萬民。一曰野刑。上功糾力。二曰軍刑。上命糾守。三曰鄉刑。上德糾孝。四曰官刑。上能糾職。五曰國刑。上愿糾暴。然此非刑制。不過一種刑事政策。以定刑之作用耳。武王告康叔曰。羣飲。汝勿佚。盡執拘以歸於周。予其殺。羣飲細事。何至若是其嚴刑峻法。蓋亦所謂刑亂國用重典。亦所以救一時之急。而非正道也。至其所定之刑。則仍為虞舜時之五刑。一曰墨。卽刺其顙也。使之守門。二曰劓。削其鼻也。使之守關。三曰剕。刖其足也。使之守囿。四曰宮。割其勢也。使之守內。又有髡者。去其髮。使之守積。凡殺其親者焚之。殺王之親者辜之。凡殺人者。踣諸市肆之。凡罪之麗於法者。亦如之。此卽大辟之刑。蓋卽死刑也。其有罪過而未麗於法而害於州里者。桎梏而坐諸獄。重罪旬有三日坐。期役。其次九日。坐九月役。其次七日。坐七月役。其次五日。坐五月役。其下罪三日。坐三月役。又凡害人者。寘之圜土。弗使冠飾而加明刑焉。任之以事。而收教之。其能改者。則寘之鄉里。上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。反於中國。三年不齒。其不能改而出圜土者殺。凡囚者。上罪梏拲而桎。中罪桎梏。下罪

梏。此爲周代五刑下之刑法。卽後世之囚繫。而今之所謂徒刑者。其能改而舍之者。卽今日刑法上之假釋。其刑法之條文如何。不可得知。然大概五刑各有五百。罪所謂墨罪五百。劓罪五百。剕罪五百。宮罪五百。大辟罪五百是也。至其聽訟之法。則分民事與刑事二者。民事則關於人事者。以其訟者之鄰人爲證人。關於土地者。以其邦國之本圖爲標準。關於借貸者。則根據於證劵。關於買賣者。則根據於約劑。且有司市以聽大治大訟。有胥師以聽小治小訟。刑事則由士師任之。且用三刺之法。一訊羣臣。再訊羣吏。三訊萬民。而又有司刑以執行刑罰。掌囚以治監獄。掌戮以執行死刑。禁暴氏及禁殺戮。以司檢察。訟者須納訟費。刑事則納鈞金。三日乃致於朝。然後聽之。民事則入束矢。更有肺石以達窮民。凡遠近惸獨老幼之欲復於上而其長弗達者。立於肺石三日。士聽其辭。以告於上。而罪其長。卽是今日之訴訟救助。而又含有抗告之臭味也。至治獄之審愼。亦無以復加。故小司寇以五聲聽訟。一曰辭聽。聞其出言。不直則煩。二曰色聽。觀其顏色。不直則赧。三曰氣聽。觀其氣色。不直則喘。四曰耳聽。觀其聽聆。不直則惑。五曰目聽。觀其眸子。不直則惑。每歲之終。則集一年來之獄訟。以藏於天府。而每歲正月。則執旌節以宣布於四方。並布刑於邦國都鄙。懸刑象之法於象魏。使萬人觀之。更以木鐸徇曰。不用法者。國有常刑。蓋猶今日頒

布法令也。此外更有三宥三赦。三宥者。一曰不知。二曰過失。三曰遺忘。皆在宥減之列。三赦者。一曰幼弱。二曰老耄。三曰惷愚。皆在赦免之列。蓋卽今日刑法上之刑事責任與刑之減免也。而又有八辟。一曰議親。二曰議故。三曰議賢。四曰議能。五曰議功。六曰議貴。七曰議勤。八曰議賓。此卽後日之八議。皆所以議輕其刑也。此爲周初之法制。其詳見於周官。周官體系。以六官爲綱。天官冢宰。地官司徒。春官宗伯。夏官司馬。秋官司寇。冬官司空。其全書包括憲法、行政法、田賦法、教育法、民法、刑法、商法、土地法、訴訟法等。實爲古代法制最完備之會典。迨至日後。周道中衰。法亂民疲。輕重不一。於是穆王命呂侯重修法制。並作呂刑以誡之。墨罰之屬千。劓罰之屬千。剕罰之屬五百。宮罰之屬三百。大辟之屬二百。是將周初之墨劓剕宮大辟各五百者。大加損益。一方則益其量。本爲二千五百者。益之爲三千。一方則損其質。凡昔之大辟宮剕者。今半數減而爲墨劓。此外更有流贖鞭朴。四者合而爲九刑。以順適當時情狀。故曰上刑適輕下服。下刑適重上服。輕重諸罰有權。刑罰世輕世重。惟齊非齊。有倫有要。蓋卽說明損益之所以。而使之毋狂毋縱。故又諄諄以命之曰。兩造具備。師聽五辭。五辭簡孚。正於五刑。五刑弗簡。正於五罰。五罰弗服。正於五過。過之疵。惟官惟反惟內惟貨惟來。其罪惟均。惟審克之。言凡有獄訟者。先以五聲之辭聽之。其

罪當也。則以五刑治之。其有所疑者。則易以五罰。卽罰其金以贖其刑也。使再不當者。則覈爲過失而宥減之。罰金之制。周官不詳。而呂刑則詳言之。審其辭氣。或已有所更易。非復周初之舊。故爲剴切言之。墨辟疑赦。其罰百鍰。閱實其罪。劓辟疑赦。其罰惟倍。閱實其罪。剕辟疑赦。其罰倍差。閱實其罪。宮辟疑赦。其罰六百鍰。閱實其罪。大辟疑赦。其罰千鍰。閱實其罪。是以五刑爲主刑。而以五罰爲從刑。與今世之以生命刑自由刑爲主刑。而以財產刑爲從刑者。完全相類。洎至東遷。則各國相競。天子守府。凡法制之不便者。私自更易。晉范宣子爲刑書。而趙鞅荀寅用以鑄鼎。鄭子產亦鑄刑書。皆變更先生之法。而有以損益之。然推其所以在當時或有不得不更易之故。故子產復晉叔向書曰。僑不材。不能及子孫。吾以救世也。是可見矣。及乎戰國。秦商鞅更大變先生之法制。立告訐之條。設匿奸之罰。二男以上不分異者倍其賦。事末利者舉以爲收孥。一反虞夏商周忠厚之習。而專以嚴刑峻法繩下矣。且是時法理學極發達。言法治者。一時風起。故昔之所重者在禮。至此則禮治替而法治興。在法制史上實爲一大變革歟。

第三節　禮治與法制之興替

吾國本以禮治。而刑罰者不過爲推行禮治之工具。凡民之不率禮者。則以刑威之。故鄭子產鑄刑

書。晉叔向與之書曰。昔先王議事以制。不爲刑辟。懼民之有爭心也。罪不可禁禦。是故閑之以誼。糾之以政。行之以禮。守之以信。奉之以仁。制爲祿位。以勸其從。嚴斷刑罰。以威其淫。懼其未也。故誨之以忠。聳之以行。教之以務。使之以和。臨之以敬。涖之以强。斷之以剛。猶求聖哲之上。明察之官。忠信之長。慈惠之師。民於是乎可任使也。而不生禍亂。民知有辟。則不忌於上。並有爭心。以徵於書。而僥幸以成之。弗可爲矣。民知爭端矣。將棄禮而徵於書。錐刀之末。將盡爭之。亂獄滋豐。賄賂並行。終子之世。鄭其敗乎。是可見虞夏商周。皆以禮治民。而不以法。及於春秋之季。齊管仲首倡法治。以後秦商鞅繼之。此二人者。不獨爲法學家。且爲政治家。實行本其學說以施諸治事。但管仲則雖崇尙法治。仍處處顧及禮治。對於古代所定之大經大法。未嘗有所變易。而商鞅則一反從前之禮治主義。是亦時局及環境之不同也。是時倡言禮治者。爲儒家者流。孔子及孟荀之徒。皆極言禮治之善。然亦不廢法治。不過以法治爲僅足收效一時。未可永久。其歸要仍在於禮治。故以道之以政。齊之以刑。爲民免而無恥。道之以德。齊之以禮。爲有恥且格。而是時主張法治者。則亦風起雲湧。其最最昭著者。則爲申不害及韓非。實爲吾國法家之祖。後世之言法者。莫不宗焉。申韓之說。具見所著申子及韓非子。雖爲儒家所鄙夷。謂爲嚴酷而不和易。然其說自有

不可磨滅者在。其流風所及。直至今日。凡歷代之議禮議法者。其表面雖多崇尙儒術。以阿時好。而博仁愛之名。而其實則皆祖述申韓之學。不過附以儒家之說。爲之緣飾耳。且申子亦嘗秉韓國政事。相韓昭侯十五年。內修政教。外應諸侯。十五年終申不害之世。國治兵强。無敢侵者。是法治之效。亦已概見。管仲治齊而齊霸。商鞅治秦而秦强。申不害治韓而韓盛。蓋萬事歸本於法。則人心整齊。風俗畫一。不敢自私自利。雖少慈祥惻怛之氣。而嚴肅整一。令出必行。下者固不敢悖驁而凌上。上者亦不敢恃勢以欺下。商鞅曰。法之不行。自上犯之。故大法而後小廉。彼狃於禮治者。果可如是其收效之速乎。善人可爲邦百年。亦可以勝殘去殺。是禮治之效。須期諸百年以後。而法治則固旦夕可覩者也。百年之中。世事之更易者。不知其幾。且禮治必賴乎人。故其人存。則其政舉。其人亡。則其政息。徒善不足以爲政。徒法不能以自行。而人壽幾何。可期百年。故禮治之效。在虞夏商周。或尙可行。而一至春秋以降。卽已捉襟見肘。故法家緣是以興。以法治代之。儒家雖努力掙扎。極舉禮治之善。甚至非先王之法言不敢言。非先王之法服不敢服。言必稱堯舜。然大勢所趨。無可挽回。其結果禮治漸替。而法治漸興。據漢書藝文志所載。則法家之書。其質量悉超出儒家之上。李悝三十二篇。商子二十九篇。申子六篇。處子九篇。愼子四十二篇。韓非子五

十五篇。游棣子一篇。雖其所言者未必悉同。而其掊擊禮治。申明法治。則一而已也。而李悝之法經六篇。更爲後世編纂法典者奉爲鼻祖。自漢迄清。歷二千餘年。而未有替。後世有國家者。在表面則崇尙儒術。曰言禮治。而其典章制度。則無一不奉李悝以爲宗。是李悝之法經。較之儒家之二典三謨。其價値更爲過之。此誠禮治與法治興替之一大機會也。而法律之與道德分離。亦由是而始。且一分而不可復合矣。此研究古代法制者。誠一大可注目之事也。

禮治之所以替。法治之所以興。其故半蓋由於環境使然。半蓋由於戰國時代法理學之發達。虞夏商周。無言法者。一切皆本於禮。而東周以降。因時勢之相逼。禮不足以致治。各國競立。大夫專政。人困於兵革。而井田廢。後經濟界更發生絕大變動。無恆產者。比比皆是。不復如昔日之人各有田。可以自給。因是舊日之禮治。不足以收效。而法家駸駸焉由是而興。一以法治爲依歸。蔚成學術史上一大系統。與儒家道家墨家相抗衡。獨樹一幟。法家之言。大體於儒家學說。有所師承。但其歸宿。則偏重於法。以法爲經國治民之根本。故其所謂法。與儒家之所謂禮。絕不相同。不過其言治則與儒家尙不甚相出入。蓋儒家雖極崇拜禮。而亦不能廢治。與道家之純取放任主義。墨家之專以神道設教。完全不同。因是雖一崇禮

而一崇法。而其取干涉主義。必有所治。則異途同歸。故皆反對無治。反對神道。試以兩家學說言之。儒家言保民。法家言治國。儒家言正名。法家言定分。其意義相類也。管子之言曰。根天地之氣。寒暑之和。水火之性。人民鳥獸性木之生。物雖不甚多。皆均有焉。而未嘗變也。謂之則。義也。名也。時也。似也。類也。比也。狀也。謂之象。尺寸也。繩墨也。規矩也。衡石也。斗斛也。角量也。謂之法。此與孟子之言權。然後知輕重。度。然後知長短。以及不以規矩。不能成方圓。不以六律。不能成五音。同一意義。慎到之言曰。有權衡者。不可欺以輕重。有尺寸者。不可欺以長短。此與荀子之言繩墨誠陳矣。不可欺以曲直。衡誠縣矣。不可欺以輕重。規矩誠設矣。不可欺以方圓。更若合符節。但儒家則謂審於禮。則不可欺以詐僞。而法家則謂有法度者。不可欺以詐僞。此其截然相異之點也。三代以上。以禮爲本。故上下皆競競於禮。然至春秋以降。因種種之變革。禮漸失其權威。不復有統御之能力。況禮之爲用。無一定之準繩。而又無强制之力。只可勸人以從。而不能强人以必從。正如誦孝經以退黃巾。不若法之整齊畫一。而又可以强制使人服從者。正如權衡斗尺。一絲不能更動。故法家之說。大合於人心。而是時推闡法理學以主張法治者。風起雲湧。管仲子產開其端。韓非慎到尹文發其理。商鞅申不害施其事。而李悝之法經。更爲法理學之結晶。有條不紊。首尾

畢具。可以實用。可以見效。而是時鼓吹禮治者。儼爲孟子及荀子。而又迂遠而不能見近功。且其說亦無以大饜人心。故卒被法家所壓倒。其外若道家之主張無爲而治。墨家之主張委天任運。更大反乎時勢。故各說相競。法家獨占優勝。風靡一時。由春秋而戰國。由戰國而秦。禮治之說日替。法治之說日興。虞夏商周之舊制。一蹶而不能復起。蓋以時勢言。固非改行法治不可。而以學說言。則法家之法理學。是時正如日中天。其發達無以復加。遠非主張禮治之儒家所可抗衡。故有此一大變遷也。殆亦所謂莫之爲而爲。莫之止而止。抑所謂行乎其所不得不行。止乎其所不得不止歟。故今之言法制者。對於春秋戰國時之法家。不能不致其敬仰之誠。而其所著之學說。更爲後世言法者所奉爲圭臬。蓋時非太古。無爲而治之說。固絕對不可行。而禮治之說。亦不足以爲制裁。非有嚴明整齊之法制。實不足以收效。此實禮治替而法治興之一大原因。故法家遂獨盛於是時。使漢後能修明其說。不文飾以禮治。不參羼以人治。則二千年前吾國卽已成爲法治國家。何至今日而始行變革乎。誠可痛惜者也。

第四節　上古法制發達之順序

虞夏商周之禮治。既不復見於三代而後。然其面目依然存在。蓋凡一切典章文物制度。悉於斯時

而立其基。後世精義雖易。規範尚存。凡言中國法制史者。推溯舊迹。不可不爲加意也。茲將上古時法制發達之順序。爲之列表如左。於以見吾古代社會進化之現狀及古先民偉大之精神也。

創造之法制	創造之時期	創造之順序	創造之法制	創造之時期	創造之順序
漁牧法	伏羲	一	貨幣法	黃帝	七
婚姻法	伏羲	二	契約法	黃帝	八
田賦法	神農	三	刑法	虞舜	九
商法	神農	四	官吏懲戒法	商湯	十
警察法	黃帝	五	訴訟法	周公	十一
軍事法	黃帝	六	監獄法	周公	十二

上列各種法制發達之順序。雖未必盡正確。然大致無誤。蓋上古典籍所載。多付缺如。故莫由知其詳。然即此攷之。亦可覘先民之情狀。古以畜牧爲生。人民生活。即繫於是。故首定漁牧法。男女有別。以成家室。則婚姻法次之。其後農事以興。一改昔日之生活。則田賦之法立。有稼穡矣。則交易興也。因有商法。

有交易矣。公安爲重。於是有警察法。而大者用甲兵。則軍法成矣。物交物之制度。至是漸覺窒礙。因有貨幣法。人事漸煩。不能無契約。再成立契約法。夫此多屬於技術規範者。而一方即有刑事發生。私人復仇之制、於此已不復能適用。乃有刑法。刑法所以治民者。再立官吏懲戒法、以治官吏。是時訟獄繁興。不能無一定之程序。於是訴訟法監獄法以成。夫然後法制乃備。蓋皆依當時之情狀。而隨時隨地以制定者。固非一蹴而幾也。而其內容則愈進愈密。雖至秦而悉爲改易。然其基則已確立。大輅椎輪。固不可沒也。

第二章　因革時期之法制

第一節　秦

吾國法制。至秦代而完全一變。秦代以前。則趨重於禮治。晉叔向所謂議事以制。不爲刑辟是也。自戰國時。法家競起。經商鞅李悝申不害韓非愼到等大鼓吹以後。法學之發達。無以復加。同時老莊之流。雖不提倡法治。而對於儒家之禮治主義。亦根本反對。而法家之說。又極便於當世。而商鞅及申不害。且大收法治之效。用秦而秦强。用韓而韓治。以是法治主義。逐代禮治而興。而秦爲尤甚。魯仲連謂秦棄禮義而上首功之國。誠非虛語。且秦僻處西陲。本無所謂禮義。專以殺戮爲事。故在商鞅之前。秦文公已定

三族之罪。一反周代罪不及孥之義。武公三年。誅三父等而夷三族。此固不待商鞅而已以嚴酷爲事矣。不過商鞅更定連坐之制。一家犯罪。九家中不爲告發者。則同其罪。及至始皇統一六國。鑒於周之以文弱而亡。益以猛爲政。變本加厲。李斯雖爲荀況弟子。抱儒家之說。守禮治之義。然是時亦不得不一變其宗旨。而改行法治。燒詩書。禁偶語。下令曰。人藏詩書及偶語。棄市。以古非今者族。吏見知不舉與同罪。令下三十日不燒。黥爲城旦。棄市者。即大辟也。黥者。即墨也。周制使墨者守門。而秦時則墨之重者。罰爲城旦。即徙之邊遠之地。使之晝伺寇夜築城。故曰城旦。亦即周代守門之意。婦女不能爲城旦。則爲舂者。專以舂米爲工。秦法更分死刑爲車裂梟首鑊烹等種種。車裂者。以車分裂其肢體也。如商鞅、如嫪毐、如荊軻、皆被此刑者。鑊烹則以犯罪者入於鑊中以烹之。同於殷紂之炮烙。而梟首者。殺之以其首級號示於衆也。如尋常之死刑。則曰棄市。僅殺之而不梟以首也。更有囊撲之刑。即將犯罪者納於囊中以撲殺之是也。如在死刑執行前已死者。則戮其屍。是即後世戮屍之制所自昉。其最重者爲腰斬。凡腰斬者必先具五刑。墨之、劓之、刵之、宮之。而後腰斬。李斯以坑儒教始皇。以督責教二世。專以峻酷治民。而卒之爲趙高所譖。具五刑而腰斬於市。更夷三族。歷墨劓刵宮及大辟之苦。迨亦斯所不自意料者歟。秦代又有鬼

薪及籍門之刑。鬼薪者。罰令看守宗廟。採薪以供祭祀者也。婦女不能爲鬼薪。則爲白粲。白粲者。司宗廟之粢盛者也。籍門。則籍沒其一門之人。使皆爲奴隸是也。此外更有斷舌之法。凡犯呪咀誹謗者。先斷其舌。故秦時百姓幾人人以得死爲幸。赭衣塞路。囹圄成市。蓋盡棄虞夏商周之成法。而一以嚴酷臨之。不僅爲政治史經濟史上之一大變革。亦即法制史上之一大變革也。不僅此也。周制三刺三宥三赦之法。至秦代而亦無存。周時凡司寇正刑明辟。以聽獄訟。必行三刺。所謂三刺者。一訊羣臣。二訊羣吏。三訊萬民。必詢謀僉同。而後治之。苟有所疑。則從輕以宥之。且也一獄之成。司寇以之告於正。正聽之。以之告於大司寇。大司寇聽於棘木之下。再以之告於王。王更命三公參聽之。再告於王。王三宥而後制刑。而不知、過失、及遺忘者。則宥之。其老耄、幼弱、及蠢愚者。則赦之。而秦代則無是制矣。其輕者則由吏專之。其重者則由帝決之。不詢於羣臣。不謀於羣吏。始皇躬標文墨。晝斷獄。夜理書。自程決事。日懸石之一。二世之時。更假手於趙高。殺太子扶蘇。誅重臣蒙敖蒙恬。吏之權日重。而民之生日蹙。帝之威日盛。而臣之命日輕。而周代所定八辟之刑。至是則盡歸於澌滅。以法律上之原則言。當然貴賤一體。四民平等。周代八辟之制。極不合於法者。其弊之所至。必使富貴者殺人不抵法。貧賤者吞聲而無告。尚得爲法之平。秦代一舉

而廢之。誠足使貴賤一致。無敢恃上以凌下。蓋王子犯法。庶民同罪。只以所犯之行爲爲準。而不以所犯之人爲準。於是有犯者雖貴必誅。上下一體。羣知法律之可貴。故言法制者。不得不認爲一大進步。不過其法太嚴。處處以殘酷爲務。而又專憑在上者之喜怒。名雖法治。而實等於吏治。幾幾只知有獄吏而不知有法。斯誠一大缺恨。且古代司法與行政分離。凡獄訟一任士師主之。即君王無敢違異。雖獄成必以告王。然王只可矜其情於法中。不能求其罪於法外。尚書立政篇云。庶言、庶獄、庶愼。文王罔敢知。其在康誥篇曰。非汝封刑人殺人。無或刑人殺人。非汝封劓刵人。無或劓刵人。而孟子亦言舜爲天子。皋陶爲士。瞽瞍殺人。則執之而已矣。舜不得而私。法有所受。是可見在虞夏商周司法本甚獨立。雖一代之主。罔敢或知。非經士師判決。他人不得而越俎。其所以必告於王。且王舉以詢於羣臣羣吏者、實本哀矜之意。以求矜其情於法中。然王命三宥。而大司寇卒以制刑。是可見雖以王命之尊。不足以動搖司法官之判決。此實司法獨立之精神。而秦乃毀之。專繫乎君主之喜怒。是不可不謂爲一大退化也。故秦代之法制。在法制本身上。實爲進步。化親疏之私。泯貴賤之別。而在審判制度上。則實爲一種退化。削士師之權。廢獨立之制。權其得失。實未易遽加批評也。

第二節　秦法與後世之關係

吾國法制。虞夏商周。爲一個時期。卽處處顯其忠厚之意。治國以禮爲本。而所謂法者。不過用以補禮之所不及。故可云完全禮治主義。而至秦則一大變革矣。其法制則承商鞅之後。其學說則本乎李悝申不害韓非愼到等之說。而又加以始皇之嚴肅綱毅。勇於殘殺。故一反虞夏商周之舊。去親疏。泯貴賤。除皇帝一人而外。悉爲平等。故在政治史上。貴族階級之廢除。實本乎秦。凡一人以下。悉爲平民。故有朝爲田舍郎。而暮登天子堂者。亦有朝爲座上客。而夕爲階下囚者。吾國人民之不至遭二重壓迫。實不能不歸功於秦。而法制之得平等。不至貴賤異法。亦不得不歸功於秦。故秦代法制。實爲吾國法制史上一大進化時期。其用刑之嚴酷殘暴。固無足法。而其制則百世不可易矣。不過古代司法獨立之制。亦同時爲秦所破壞。此亦一可痛者也。推其所以然者。則亦以環境之故。虞夏商周。皆爲封建時代。有封建卽有世臣。有世臣卽有貴族。於是貴族之子。恆爲貴族。士之子恆爲士。農之子恆爲農。工商之子恆爲工商。非貴族而雖有才者。亦不得於其位。以冉有之藝。子路之勇。不過爲一國之陪臣。而況其他。故不問儒家法家。皆一體以掊擊貴族爲主。蓋貴族不廢。賢才無由自拔。而在政治上。則各國處於不並立地位。日相尋

於干戈。於是一國中非有賢且才者。亦不足以勝任。而貴族之中。其能有賢且才者。又不可多得。故貴族之制。不特人民反對之。卽君主亦厭惡之。排薄之。厭惡者厭惡其跋扈也。排薄者排薄其無才也。故治國之君。皆岌岌焉以求才爲本。蓋是時大夫專政。馴至陪臣代興。治國不足。而禍君則有餘。故君主亦反對貴族。非別求貴族以外之人才。不特不能保其國。更不能保其位。蓋貴族一方固爲人民之大害。而一方亦爲君主之大敵。故上下皆欲去之。而秦則僻處西戎。貴族之制。本未固其基礎。不若魯之有季孟。晉之有韓魏趙。而自穆公以來。卽專以求賢爲務。如百里奚。如甯戚。皆拔自編氓之中者。迨至戰國。貴族已漸淩夷。不特秦之商鞅、張儀、范雎、李斯等。悉非貴族。卽其他各國之執政者。亦悉以平民爲多。王無世臣。不僅一齊爲然。及始皇統一六國。所謂世臣者。本已完全劃除。封建之制。亦已根本毀滅。唐柳宗元謂秦之廢封建而爲郡縣。亦當時之勢所必然。誠熟於歷史之言。故卽非始皇。封建亦必不可得而復。蓋亦趣乎自然之勢也。封建既廢。世臣既除。是貴族一階級。根本上不能存在。因之除天子外。當然一體爲平民。古代對於貴族所定之法制。雖欲勉爲存留。亦不可。事實上既不可能。而立法者又心所不欲。於是而秦之法制。當然爲平等主義矣。然而天子之位。亦日以尊。生殺予奪。當然可唯意所欲。在虞夏商周時。須聽

命於貴族而後行者。至是則以一人之喜怒出之。無一人能掣其肘。且亦無一人敢掣其肘。因之司法獨立之制。亦隨之而同歸於盡。蓋昔之士師。世守其官。非君主所得而予奪。故敢與君主相抗。今則世臣既廢。士師由天子所命。則當然事事須請命於天子。而伺其喜怒矣。此秦代之法制所由立也。故雖易始皇以堯舜禹湯文武。其勢亦不得不然。蓋法制史隨政治史而來也。秦既變封建而爲郡縣。夷貴族。尊王室。而後之政治。苟未嘗有以異乎秦。則其法制亦當然不能有以異乎秦。雖寬嚴或有不同。而其大體則一。故自漢迄於有清。其中二千餘年。雖其法制代有變革。其根本則皆仍秦之舊而來。與秦代無少異。蓋一成而不可復變易矣。故吾國法制。虞夏商周爲一個時期。而秦漢至明清則爲一個時期。秦始創之。漢晉繼承之。至唐而集其大成。宋元明淸又因襲之。秦之有天下。雖僅二世而亡。不及百年。而其法制則亙二千餘年而始漸滅。雖疊遇忠厚之主。欲復虞夏商周之舊。而卒時勢有所不可矣。今人言制法者。必推蕭何。然蕭何則固秦之刀筆吏。其所制者。仍因襲秦之法制也。故謂秦之法制。雖至清末而亡亦奚不可。此秦法與後世之關係。而言法制者所不可忽略者也。

第三節　漢

漢之興也。知秦之所以亡。亡於苛暴。猶之秦知周之亡。亡於文弱。故一以寬大爲主。以吸收民心。高祖入關。與諸父老言曰。父老苦秦苛法久矣。誹謗者族。偶語者棄市。吾今與父老約法三章。殺人者死。傷人及盜抵罪。餘悉除去秦法。是漢之法度寬之又寬。然是不過漢高入關時一種吸收民心之工具。而立國承業。決不能如是其簡單。故滅秦誅楚而後。卽命蕭何定律。蕭何本秦代刀筆吏。熟於秦法者。因取李悝所定法經六篇而損益之。李悝所定者。則爲盜法、賊法、囚法、捕法、雜法、具法六章。盜法者。用以治盜賊法者。用於治賊。囚法及捕法。則包含今之監獄法及刑事訴訟法。雜法則除盜賊外之一切刑法。具法則爲刑名。卽今之刑法總則也。其意以治國莫急於除盜賊。故以之列首。盜賊須急於囚捕。故次之。而以輕狡、越城、博戲、借假不廉、淫侈、踰制、則入於雜法。最後則說明刑名加減之例。是爲具法。此爲李悝法經之次第。秦法卽本於此。蓋爲吾國法制專篇之鼻祖。蕭何因之。又增戶法、擅興法、及廐法三篇。合爲九篇。是爲九章律。而律之名。亦自是始。蓋古者皆言法。法者平也。而至是則改稱曰律。律者定其標準也。律之名原於音樂所謂五聲十二律。是今則擴張之。引申之。以用之於法。而法律一名詞。遂至於今而通用。蓋亦名詞上一大變革也。其後叔孫通、張蒼、鼂錯等。更定法令。至武帝時。趙禹張湯等又加修訂。計叔孫通

增附律十八篇、趙禹朝律六篇、張湯越宮律二十七篇。合計爲六十篇。凡三百五十九章、大辟四百九條。千八百八十二事。死罪決事比萬三千四百七十二事。其大體皆沿用秦制。在高祖時。死刑則分腰斬及磔與絞三種、而鑊烹及夷三族並連坐則仍舊。五刑亦仍舊。惟墨改爲黥。剕改爲刖。斷舌刑亦依然存在。惠帝即位。更定贖刑。凡民有買爵三十級者。得免死罪。三十級計錢六萬。此爲三代後贖刑之始。至高后時。則以夷三族之制太酷。下令廢除。並除妖言令。然武帝時新垣平謀逆。復行三族之誅、是猶未廢除完盡也。及文帝即位。更以舊法爲太苛。並感於太倉令淳于公之女淳于緹縈之言。詔廢除肉刑。文帝後元年。又下爲令廢除連坐制。秦法一人有罪、收其家孥。文帝即廢之。其制曰。法者。治之正、所以禁暴而衞善人也。今犯法者已論。而使無罪之父母妻子同產坐之。朕甚勿取。且制完刑。所謂完者。完其身體也。一曰髡。去其毛髮。以代黥刑。一曰鉗。以鐵三斤爲之。束其頸。亦以代黥刑。而髡鉗以下。更有耐刑。耐者。去其頰毛。以完其髮也。是時更定笞刑。笞長五尺。以竹爲之。其本大一寸。其末薄半寸。皆平其節。凡笞背三百。可代劓刑。笞背五百。可代刖左趾刑。其定律曰。諸當完者。完爲城旦舂。當黥者、髡鉗爲城旦舂。當劓者。笞三百。當斬左趾者。笞五百。當斬右趾及殺人先自告、及吏坐贓枉法。守縣官財物而即盜之。已論命復有笞

罪。皆棄市。罪人獄已決完爲城旦舂。滿三歲爲鬼薪白粲。鬼薪白粲一歲爲隸臣妾。隸臣妾一歲免爲庶人。隸臣妾滿一歲爲司寇。司寇一歲及作如司寇二歲、皆免爲庶人。其亡逃及有耐罪已上。不用此令。此律爲張蒼及馮敬等所擬而文帝報可者。觀於此則知文帝所除者只爲黥劓及刖左趾三者。而宮刑及刖右趾則未嘗廢也。且也以笞代劓刖。本爲善政。然笞數至三百及五百。則反死者多而生者少。較劓刖更爲重。是名雖減輕實爲加重。且也古者墨罪至輕而大辟最重。今去髡鉗一等。卽轉而入於棄市。是死刑多而生刑反少。蓋犯髡鉗以上者。卽爲棄市矣。而用笞刑者。又多至於死。是文帝之廢肉刑。非以省刑罰而實以厚刑罰。是幾幾一觸網而卽無生之可言。是實較秦法爲更嚴酷也。但同是又下令能納粟入塞下者。得以除罪。蓋採用鼂錯之議。使塞下得有多粟也。至景帝時。以笞數太多。易至於死。下令減三百爲二百。五百爲三百。更定律目今吏及諸有秩受其官屬所監、所治、所行、所將。其與飲食計償費勿論。他物若買故賤、賣故貴。皆坐贓爲盜。更遷徙免罷受其故屬官所將監治財物。奪爵爲士伍。免之無爵。罰金二斤。沒入所受。有能捕告。畀其所受贓。其後又罷磔曰棄市。所謂磔者卽殺之而又張其尸也。六年又定鑄錢僞黃金棄市律。並以笞者或至死。再減二百爲一百。三百爲二百。當笞者笞臀。不復笞背。毋得更人。畢一

罪。乃更人。自是厥後笞者乃得全。不復如前之輒死於箠楚下矣。且下令年八十以上。八歲以下。孕者未乳。以及瞽師侏儒等。當鞫繫者改爲頌繫。頌繫者。不加桎梏者也。今人讀史。輒謂文帝寬而景帝慘酷。今觀於此。則正相反。不過文帝爲其創。而景帝繼其成。繼者易安而創者難爲。故以是而分其寬嚴歟。而文帝之聽張釋之以罰金治犯蹕者。以棄市治盜高廟玉鐶者。更得古代司法獨立之意義。在三代下又難能而可貴者也。武帝即位。好大喜功。於是民不聊生。姦宄叢起。帝乃詔張湯趙禹之屬。更定律令。張湯作越宮律。趙禹作朝律。於是有見知故縱之法。有腹誹法。有沉命法。凡秦之嚴刑。至是皆爲恢復。且法令滋章。典者不能盡閱。或罪同而論異。於是姦吏因緣爲市。所欲活則傅生議。所欲陷則予死比。而惠文景三帝寬厚之政。至是而悉廢。又大開贖罪之門。凡死罪入贖錢五十萬。減死一等。直至漢末而未已。雖經蕭望之貢禹等反對。卒未之廢。是時董仲舒雖本春秋之義。作春秋決獄二百三十二事。然不足以當酷吏之一顧。更因緣之以上下其手。宣帝即位。以獄吏皆以苛酷爲務。因於廷尉而外。更設廷平。專以平獄訟之不平者。漢代決獄之官。其爲民事者。則由鄉而縣。由縣而郡守或國相。由郡守國相而刺史。而刑事則由鄉而縣。由縣而郡守或國相。由郡守國相而廷尉。至是更設廷平四員。秩六百石。專以平治獄訟。設官

以平獄。此本無不可者。蓋有治法而無治人。必至舞文弄法而後已。然使之得於法外處決●則大遠法治之義。必至有治人而無治法。流於人治。故當時鄭昌上疏反對。謂與其置廷平。不若删定律令。律令一定。愚人知所避。姦吏無由弄。今不正其本。而置廷平以治其末。政衰聽倦。則廷平招權爲亂首。此雖寥寥數語。然實爲法治主義之卓卓者。司法官之職務。在奉法以治事。故法之善否。不在司法官。而在立法者。所立之法不善。而欲以司法官救濟之。必至大害。鄭昌此言。實探其本。具見在漢代已有深明法治之意義者。其後宣帝更下令。凡子首匿父母。妻匿夫。孫匿大父母。皆不坐。其父母匿子。夫匿妻。大父母匿孫。罪殊死。皆上請。此蓋本人背以立法。與今日刑法規定相同。並嚴禁吏搒掠或飢寒犯人。苟因以掠笞或瘐死者。所坐名縣爵里。此實慎重監獄制度者。又八十以上七歲以下者。所坐皆不罪。此誠深合於刑事上之責任能力。蓋亦本周制三赦之法也。唯屬於刑事條件之三宥。則尙未之恢復。蓋卽所謂刑事責任條件也。刑事責任條件者。卽刑事責任成立之條件。如故意過失等是也。元帝時下令律可蠲除輕減者條奏。因省刑罰七十餘事。其中屬於死刑者。三十四事。成帝時更下令。中二千石二千石博士及明習律令者議減死刑及可蠲除約省者。較然易知條奏。意欲合呂刑五刑之屬三千大辟之屬二百之數。然當時未

有應者。僅鉤摭細微。毛舉數事以塞責。蓋是事成帝以大辟之刑。千有餘條。律令煩多。百有餘萬言。奇請他比。日以益滋。故有此令耳哀帝時更輕殊死刑八十一事。凡手殺人者減一等。又犯罪時期之計算。在漢時雖無明文。然亦已有注意及此者。定陵侯淳于長坐大逆罪誅。長小妻乃始等六人皆以事未發覺時棄去。或已改嫁。及長事發。丞相方進及大司空何武。皆主將乃始等如法坐。謂犯法者。各以發事律令論。乃始等棄去時。已在長犯大逆以後。當坐。而廷尉孔光則反對。謂乃始等去時。長罪尚未發覺。今既於發覺前棄去。或已更嫁。其義已絕。論之名不正。不當坐。此雖寥寥數語。然實與刑法上之犯罪時期有關。一主犯罪行為說。一主犯罪結果說。此種問題。在今日法學極發達之日。尚各執一見。未有定論。乃不圖在二千年前。卽已有人爭辯及此。是亦法制史上一大可注目之事。而與宣帝時鄭昌之反對設置廷平疏同一極有記載之價值者也。又漢代雖以廷尉主刑獄。而中都等獄亦非一。計廷尉詔獄外。更有中都官獄二十六所。宗正屬官有左都司空獄。令丞有郡邸獄。少府有若盧詔獄。考工有共工獄。執金吾有都監獄。更有上林詔獄、掖廷祕獄、水司空、保宮、內官、導官、居室、請室、旻邑等名稱。蓋不特為前此所未有。亦東漢以下所未有者也。

第四節 後漢

漢代刑法。本一仍秦制。無所更易。雖經文帝景帝二代有所改易。然不旋踵而故態又萌。蓋立法雖較寬。而行法則甚嚴。武帝之世。又專以峻酷爲事。緩深故之罪。急縱出之誅。於是獄吏專以殘刻爲務。路温舒所謂深者獲功名。平者多後患。誠非虛語。宣帝而後。又專以姑息爲事。舊章不存。法網弛縱。其法雖未有所變動。而司法之人。則與昔大殊矣。此亦人治之弊也。蓋司法官判案決事。既可不本於法律。比附援引。因緣爲是。而又文飾經術。妄謂以五經斷獄。於是人民之生命財產。其予奪悉操自司法官之手。而法律成爲司法官上下其手之工具矣。今日刑法。不許比附援引。須從嚴格解釋。誠鑒此害也。使漢時而卽能若是。則吾中國法治之基礎。已早立於二千年前。不待今日矣。王莽篡位。恐民之不附己。因又以嚴峻御民。更定焚如之刑。犯罪者燒殺之。而夷三族及鑊烹之制。又再見於新代。光武中興。頗從事於省刑。自建武元年以至中元元年。終光武之世。計舉行大赦九次。然獄吏之舞文弄法如故。桓譚上疏。請令通義禮明習法律者。校定科比。一其法度。班行郡國。蠲除故條。此誠探本之議。蓋如是則法制一。而司法官無從上下其手。惡法勝於無法。無法勝於亂法。蓋有法而不能使法必行。反不如無法之爲愈。故法治之

國。不患無法。而患在亂法。漢之世。亂法極矣。使能從桓譚之言。嚴訂法制。不許司法官比附援引。則法制立矣。而惜乎徒言之而未一用也。然光武亦稍稍爲之注意。除廷尉詔獄洛陽詔獄及中都官獄二十六所外。餘者悉爲裁廢。以一事權。其對於法律之更改者。亦有數端。其一定雇山之制。凡婦女從坐犯徒者。除大逆不道外。皆遣歸家。每月出錢雇人於山伐木。以代鬼薪白粲。其二定殺奴婢之制。其詔曰。天地之性人爲貴。其殺奴婢。不得減罪。吾國素重階級制度。所謂貴賤有別。同一殺人。而主人殺奴婢與奴婢殺主人。其罪相去懸絕。直至清代尙然。光武獨能廢除此區別。殺奴婢與殺平民同例。是誠法律平等之表見。足以行諸萬世。與秦代法制之廢除八辟。同一可紀念者也。其三蠲除盜穀五十斛死罪。漢代法制。凡盜穀滿五十斛者。罪至死。光武爲廢除之。此皆更易法制之卓卓者。明帝卽位。首定贖刑。凡罪囚中二千石下至黃綬。貶秩贖論者。悉皆復秩還贖。天下亡命。殊死以下。聽得贖論。死罪入縑二十疋。刖右趾至髡鉗城旦舂十疋。完城旦舂至司寇作三疋。其未發覺。詔書到日先自告者。半入贖。其後又更定贖刑。凡亡命殊死以下。皆得贖罪。死罪縑四十疋。刖右趾及髡鉗城旦舂十疋。完城旦舂至司寇五疋。犯罪未發覺。詔書到日先自告者。半入贖。其後又定死罪縑三十疋。刖右趾髡鉗以下各有差。明帝又定朴罰。凡大臣

有罪者用之。明代之廷杖。或即本是。至安帝時。以左雄上書。遂廢除之。自是由安帝以迄元代。經一千餘年。大臣無復有受箠朴者。帝又下令廢除鉆鑽諸慘酷之科。解妖惡之禁。除文致之請讞五十餘事。更定著於令。於是凡笞者皆有定數。有定式。不得用鉆鑽之屬。而一人有罪。亦只及一人。不並罪家族。凡以前妖惡禁錮。一體蠲除。此外又更定贖刑。和帝時。廷尉陳寵上書。請律令條法之溢於呂刑者。悉蠲除之。其言曰。臣聞禮儀三百。威儀三千。故呂刑大辟二百。五刑之屬三千。禮之所去。刑之所取。失禮則入刑。相爲表裏者也。今律令死刑六百一十。耐罪千六百九十八。贖刑以下二千六百八十一。溢於呂刑者千八百八九。其四百一十大辟。千五百耐罪。七十九贖罪。宜令三公廷尉平定律令。應經合義者。可使大辟二百。而耐罪贖罪二千八百。併爲三千。悉刪除其餘令。此書甫上而寵適免。遂未及行。直至安帝時。寵子忠復爲尚書。略依寵意奏上三十三條。爲決事比。以省請讞之弊。又除蠶室刑。解贓吏三代禁錮。狂易殺人得減重論。母子兄弟相代死。聽赦所代者。是皆陳忠本其父寵意以奏可者也。又章帝時有人侮辱人父而其子殺之者。因念其孝。貰其死刑而降宥之。自後因以請比。有輕侮法。至和帝時。張敏駁之。以爲開相殺之路。又輕侮之比寖繁。至有四五百科。難以垂訓。請除其弊。帝因下令廢除。其後帝以廷尉獄不數治。又

置若盧獄。屬少府。主鞫將相大臣。是後又添置黃門、北寺、都內諸獄。幾復西漢之舊。於是坐獄者。除尋常刑事仍歸廷尉外。有不經廷尉而繫獄者矣。至桓帝時。更因黨禍。定禁錮終身之制。蓋為後世無期徒刑之所自昉。古者罪犯。各有期限。如城旦舂則為四年。鬼薪白粲則為二年。至是而始有禁錮終身之制。繫之囹圄。不得自由。至獻帝時。應劭又刪定律令。為漢儀。其奏曰臣不自揆。撰具律本章句、尚書舊事、廷尉版令、決事比例、司徒都目、五正詔書、及春秋斷獄。凡二百五十篇。蠲去複重。為之節文。又集駁議三十篇。以類相從。凡八十二事。其見漢書二十五。漢記四。皆刪敍潤色。以全本體。其二十六。博採古今士文章。瓌偉之煥炳。德義可觀。其二十七。臣所創造。其後朝廷又欲恢復肉刑。孔融建議不可。朝廷遂止。此後漢一代之法制大略也。

第五節　漢法與後世之關係

漢代法制。皆本古法。而為晉隋唐宋元明清所沿襲。故其法制之與後世有關者。不可勝計。其卓卓者。則有數種。其一為肉刑之廢除。肉刑。即周制之所謂五刑。墨劓剕宮及大辟是也。大辟為死刑。當然不能廢除。所廢除者。只為墨劓剕宮。漢又以髡鉗耐三者代墨。以笞代劓剕。實開後世笞杖刑之例。宮刑之

廢。雖在隋代。亦漢文有以創之。蓋漢文亦嘗一度廢除宮刑。特後世又恢復耳。肉刑本不人道。自漢文廢後。後雖有議恢復者。然卒格而未行。直至今世。絕少再見。斯誠漢代法制與後世關係最深者。其二爲笞杖之創始。古代法制。於五刑外。本有鞭作官刑朴作教刑之制。然其詳不可攷。而秦代之搒掠。則爲一種淫刑。未嘗明定於律文。至漢始用笞。笞者。始笞背。景帝時改易笞臀。後世亦沿用之。直至有清之末。歷二千餘年而未替。不過又分笞爲笞杖二者。大者用杖。小者用笞。杖卽笞之一種。不過仍杖背。漢文帝改劓刵爲笞。當時謂爲名輕實重。往往未及笞畢。卽已畢命於箠楚下。是重人肢體而輕人軀命。於是幾視笞刑爲死刑。在上者亦有以知之。故不當死者。則倂笞而廢之。如後漢章帝以來。往往下寬刑之詔。俱言減死一等者。勿笞。徙邊。故死刑之下。卽爲髡鉗。髡鉗而進一等。卽爲死刑。景帝雖減其笞數。令其箠式。然死於笞下者。至多。故後世設法變通。以大減其數。最多者不過五十。最少者僅爲十。其罪重者。則以杖加之。輕者六十。猶重者百。犯人雖受有痛苦。而肢體無傷。生命可保。蓋有鑒於漢代之笞數過多而爲之改革也。此亦漢代法制與後世有關係者。其三爲贖刑之確定。虞書雖有金作贖刑之說。然行者絕少。至漢而贖刑大開。凡納粟或納縑若干者。可免其罪。於是此風一啓。後世承之。直至今日。尙存罰金之制。蓋卽漢

代一種贖刑之變相也。其四爲赦免之創始。自漢以前無所謂赦免。周制三宥三赦。乃規定於法制中者。今日刑法上所定刑之減免。即本乎此。而漢後則往往因君主一人之喜悅。發爲赦免之舉。後漢更代爲赦免。皇帝即位赦。皇帝生子赦。天災赦。一帝之中。赦免者多至八九。此實破壞司法獨立之尤。且無當於事理。極其所至。必致殺人者可不償命。人人相率而視法如無物。今日入獄。而明日自由。在當時或以法網太嚴。故出於此。然不知確定法制。整頓審判。以使無枉無縱。而欲以一人之喜悅。矜其情於法外。實不可訓。此風一啓。後世舉而效之。至於今而仍未替。雖在民國。仍有大赦特赦及復權之舉。將司法獨立精神。摧殘靡遺。此誠漢代之遺孽也。流刑及徒刑。亦起於漢。發民徒邊。爲後世流刑之所自防。在秦時雖有城旦、舂者、鬼薪、白粲等。然未必皆遠徙他方。而後漢則以防止笞刑致死之故。往往下令將減死者徒邊。後世效之。而有流刑之制。而禁錮終身。更爲後世無期徒刑之濫觴。若鉗之制度。更爲後代枷之所自出。後世之枷。蓋即鉗之變相。故後世之各種刑罰。迨皆起於漢代。不過用時而變通其意義而已。故漢法與後世之關係。非常密切。而虞夏商周之禮治主義。經此漢代四百年。更永永不可恢復矣。是亦吾國法制史上之一大關鍵也。溯因革之迹象。求系統之分明。於此可不加之意乎。

第六節　法治與人治

法制之起也。必起於人類自然之要求。而其所以能行諸天下而罔敢或違者。以其出於人心之所同具。而其所以致此也。則因於環境。凡天時、氣候、地理、以及經濟生活。皆在在有關。因此環境。遂生習尚。而人情亦由是立。習尚既起。人情既生。遂有所謂善惡。因有善惡。乃生獎懲。因有獎懲。乃生法制。蓋其人情習尚。實生於不知不覺之中。而習尚一成。人情一立。法制即緣是而生。習尚以爲善。法制當亦認爲善。人情以爲惡。法制當亦認爲惡。故法制之生。本於人情習尚。而人情習尚。實爲隨環境而來。始也以社會之力爲制裁。繼也以國家之力行之。其以社會之力爲制裁者。是即禮治。其以國家之力行之者。是即法治。故禮治必在草昧之時。而法制乃起於有國有家以後。虞夏商周。固行禮治。而一至秦漢。則禮治不可得而復行矣。故禮治之不能恢復。時也。勢也。雖當時亦有一二抱殘守缺之士。迷夢於虞夏商周之盛。謳歌三代之化。思恢復禮治。而其勢有所不行。況乎漢之君臣。又不足以語於此哉。夫以禮治與法治相較。當然以禮治爲本然。時勢既有所不許。非以國家之力。不足以勸善而懲惡。則法治實不容緩。且亦非法治無以立國於天地。必至秩序大亂。人將相食。故國家之立。必賴乎法。否則賊民興。喪無日。當唐虞之盛。

舜尙不得不明於五刑。而況秦漢以下。愼到有言曰。有權衡者。不可欺以輕重。有尺寸者。不可差以長短。有法度者。不可誣以詐僞。故使一旦去法。則弱肉强食。國家立見覆亡。故社會組織愈複雜。經濟生活愈發達。而法治愈不可緩。法治之興。亦由於時勢使然。禮樂之力。旣不足以收效。社會制裁之力。漸即於澌滅。不特告之而不改。甚且稍痛之而亦不畏。故非有法度以爲之懲戒。決不足以致治。秦漢之棄禮治而行法治。在法制史上。實不能不謂爲一大進步。雖然、使盛行法治。則上守其正。下得其情。不待至今日。而法制已早煥乎其可觀。秩乎其可覩。乃名雖法治。其實人治。於是蒙馬以虎皮。歷二千餘年而法制猶未完備。法治猶未見效。此其故有三。其一、君主專制之太嚴。自秦以後。因貴族之廢替。而君主之威日盛。集天下之人。而伺君主一人之喜怒。故司法官不得獨立行使其職務。苟在五刑以上者。必須奏請施行。於是君主之權日重。而法律之威日替。喜則矜其情於法中。怒則求其罪於事外。所愛則出其毛羽。所憎而索其瘢垢。只知有君。不知其法。馴至司法官亦不問法之當否。唯問君之喜怒。君主而寬厚也。則處處法外求情。君主而嚴酷也。則在在文致陷罪。於是法治其名。人治其實。其二、文飾禮治之太過。禮治固佳。法治亦何嘗不佳。乃漢後之君臣。行其法治之實。而必塗飾以禮治。凡君上之詔書。臣下之奏牘。罔不欣羨

成康之刑措。諄諄以虞夏商周之治爲言。故遇有事故。輒下赦令而奏當之成。必一減再減。臣下知其如是也。或故開其生路。或文致其罪惡。其求生與求死之心雖不同。而其舞文弄法則一也。臧穀亡羊。其過不殊。求死固非忠厚之道。而求生亦豈執法之宜。故塗飾禮治者。其禮治之效固未見。其法治先已失其中。其三、法律規定之太密。法律規定之太密。則覽者益難。而上下無由能通其意。一有所不通。則狡黠者卽得上下其手。漢史所載。自蕭何定律九篇後。叔孫通又益以十八篇。厥後張湯越宮律三十七篇。趙高朝律六篇。合六十篇。又漢時決事。集爲令甲以下三百餘篇。司徒鮑昱又撰嫁娶辭訟決爲法比都目。凡九百六卷。代爲增損。輕重乖異。而通條連句。上下相蒙。雖大體異篇。實相採入。盜律有賊傷之比。賊律有盜章之文。興律有上獄之法。廐律有逮捕之事。若此之比。錯糅無常。後人生意。各爲章句。叔孫宣、鮑令卿、馬融、鄭玄諸儒章句。十有餘家。數十萬言。凡斷罪所當引用者。合二萬六千二百七十二條。七百七十三萬二千二百餘言。言者繁數。覽者益難。因是不特人民不知其法。卽司法官亦不能盡通其意。夫至司法官而不能盡通其法。則法之用益寡。專以人治而不以法治矣。有此三故。而法治遂晦悶否塞。不能盡其效。其輕重一以人爲準。人治既起。則法治愈晦。知有人而不知法。以至於淸季垂二千餘年。而未有替此

誠法治之一大厄運。言法制史者所引為咨嗟太息而不能自已者也。而其厲階。則自漢開之。故吾國法制之無進步。法治之不見效。漢實不能不負其責也。後世言法制者徒謳歌於文景之恤刑。而不知其禍之至於斯也。蓋漢代用法。既不能恢復虞夏商周之禮治。又不欲盛行秦之法治。妄以禮治之名。塗法治之實。且罔知立法政策。而唯用補苴罅漏之計。今日添一令。明日删一律。前後矛盾。無一而可。於是其勢不得不陷於人治。宣帝之設廷平。即為人治主義之表見。而武帝以下。又恆下令犯某罪以上者先請。於是雖有守法之士。亦無由得其正。此皆人治之所由興也。人治既立。法治即墮於無形之中。雖有法律。亦不過供執法官之舞弄。尚何法之可言哉。故罪刑法定主義。在民國以前。上溯至漢。直未嘗一見。此誠足以痛心者也。故自秦而上。則為禮治。自漢而後。則雜以人治。實未嘗有完全之法治也。

秦代以前。固無所謂法治也。凡上下之所競競者。皆不外乎禮。觀乎左傳所記當時名臣良相之語。即可知禮所以經國家。定社稷。辨上下。安內外。然禮者宜也。得其人則禮隆。失其人則禮墜。故禮治之效力。不無有幾分之幾視人為轉移。而所謂法者。不過補禮治之所不逮。故禮之所不及而後以刑加之。禮治為本。法治為末。禮治為主。法治為從。夫其所據為根本之禮治。主要之禮治。既有幾分之幾視人為轉

移。則其所用爲輔助之法治。當然亦不得不以人爲轉移。孟軻謂徒法不能以自行。荀况謂有治法無治人。皆表示禮治之中雜以人治。而法治則不然。不僅反對禮治更反對人治。故春秋而降。所謂法家者流。大攻擊人治主義。管子之言曰。「使法擇人不自舉也。使法量功不自度也」又言曰「因也者舍己而以物爲法也。」尹文子則曰。「萬事皆歸於一。百度皆準於法。歸一者簡之至。準法者易之極」又言曰。「名定則物不競。分明則私不行」愼到則曰「君人者舍法而以身治。則誅賞予奪從君心所出」而厲行法治之商鞅更暢論其理。其言曰「先王懸權衡。立尺寸。而至今法之其分明也。夫釋權衡而斷輕重。廢尺寸而斷長短。不以法論智能賢不肖。則惟堯能之。而世不盡爲堯。是故先王知自議譽私之不可任也。故立法明分。中程者賞之。毀公者誅之」其掊擊人治主義。可云至矣盡矣而蔑以加矣。然吾人平心論之。秦漢而前。人治尙未達於極度。蓋封建之制未廢。天子不得私其官。人人世守其職。非有大罪。不能以替。即其人偶攖事故。不能守其業。天子亦不得舉以畀諸私人。仍擇其庶子族子或餘子以繼其事。天子既不得以私其官。則爲之士師者。得有確然不可動搖之保障。奉法以行。試觀左傳所載。其下官能以法與上相抗爭者。不止一二。故法度尙存。不得隨喜怒愛憎爲變易。況三刺之法未除。更不能遽一二人

之好惡以隱法徇私。故雖不免雜有幾分之幾之人治。而猶未至如後世之甚。然而當時之法家。已深惡痛疾。一致掊擊。是可見人治之不足以爲法。而欲厲行法治者。不得不掃滅人治也。周沒秦起。封建廢。貴族除。舉凡天下之臣民。皆屏息於一人之下。而莫敢相抗。正孔子所謂唯予言而莫予違。一方既掃滅虞夏商周之禮治。一方又變本加厲。以人治而冒法治之名。於是朝頒一令。暮即以爲不便。暮頒一令。朝又以爲未妥。因事設法。因人設法。即在上者亦唯知擇立賢明之官。而不知根本厲行法治。於是其法壞矣。然在秦代則尙無此弊。不失爲法治。而一至漢代。則只見充滿人治。而不復有法治。雖有一二賢且智者。反對人治。而卒孤掌難鳴。甚且爲世詬病。若漢儒之經義斷獄。更明目張胆以破壞法治。使在法治之世則正在服上刑之列。而當世反贊美之。歌誦之。沿至清季。尙存其弊。嗚呼。此實吾國法制史上之一大污點。更二千年而未有蕩滌者也。

第七節　三國

東漢之末。曹操專政。嘗議恢復肉刑。陳羣更力駁以笞代劓刖之不合。謂爲重人肢體而輕人軀命。然反對者亦多。孔融即其一也。其後操以軍事方興。未及恢復。既建魏國、更定甲子科。犯釱左右趾者。易

有斗械。且以軍事甚急。難於覓鐵。改易以木。而木械之制。自是以興。鈦本鉗之一種。在頸曰鉗。在足曰鈦。又嫌漢律太重。故更令依律論聽得科半。曹操本欲恢復肉刑者。何以至是反嫌其重。此蓋漢時笞刑甚重。往往有笞未及半。而犯人已死於箠楚之下者。較諸肉刑之僅傷其肢體。更爲峻酷。所謂名輕而重實。而犯髡鉗之刑者。又嫌其太輕。不過裁剪毛髮。毫無痛苦。陳羣所謂名輕則易犯。實重則傷民。故曹操之復肉刑。非謂漢法太輕。實以漢法太重。肉刑旣不可復。於是犯鈦左右趾者。易以斗械。而又依律科半。曹丕篡位。又一度議復肉刑。亦卒未果。後又下怨毒殺人減死之令。凡以怨毒殺人者。免其死刑。輸作尙方。又令除謀反大逆乃得相告外。餘均勿聽治。敢妄相告者。卽以所告之罪罪之。是卽後世反坐之條。曹叡卽位。改士庶罰金之令。男聽以罰代金。卽依法凡應罰金者。得以罰代之。古代罰金之制。乃爲一種財產刑。與今日刑法上之罰金相同。而漢代之贖刑。則以金易罰。卽本應處罰者。而以納金代之也。卽後日之所謂易科罰金。而曹叡之以罰代金。則爲今日之易科監禁。適與贖刑相反。又定鞭督之令。婦人應笞者。改爲鞭督。所謂鞭督者。卽不笞其臀而笞其背也。且笞用竹而鞭用革皮。後世婦人犯刑。不去衣加杖。而以皮革擊其面頰。卽由是始。直至淸代而未改。蓋刑體裸露。非所以重名節也。至後又詔陳羣劉邵等更

定律令。制成魏律十八篇。除蕭何所定九律外。又增加刼殺、詐僞、毀亡、告劾、繫訊、斷獄、請贓、驚事、償贓。復將具律改爲刑名。冠於篇首。後世之以名例冠於律文之首。亦由是始。直至今日而未更。必先列總則而後列分則。此外又定州郡令四十五篇。尚書官令軍中令合一百八十餘篇。蓋卽一種特別刑法。猶之今日之官吏懲戒法及軍法。其外凡一切旁章科令。一體删除。所謂旁章者。本由叔孫通所創。以補蕭何九章之所不及。所謂科令者。則歷代帝王隨時所定之令。用以補法律之所未有。或將舊法律加以增損者。蓋卽等於今日之條例。皆非法律之本文。魏律之纂。實由於旁章科令太多。法律正文太少。故舉以一之。使之有條不紊。不特司法者易於明悉。卽人民亦易於觀覽。此誠立法上之一大進步。故後世之纂修法律者。一體宗之。直至今日。仍視爲善本。使後世之君主帝王。能一本其意以治獄訟。不加以法外之刑賞。則罪刑法定主義。卽見於二千年之前。而司法獨立之制。亦不至二千年後而始確立。至其所定刑罰。則仍爲五者。其死刑有三。髡刑有四。完刑作刑各三。作刑者。罰作苦工之刑也。贖刑十一。罰金六。雜抵罪七。凡三十有七。其不在律令者。則爲謀反大逆。臨時捕治。或污瀦。或梟首。夷其三族。蓋所以嚴絕惡跡。故不以律令囿也。其中有大異於前代者。其一禁止報仇殺害。其二殺繼母同於親母。其三禁父子異財。其四

確定兄姊爲尊親屬。其五嚴誣告之罪。其六改投書棄市之科。其七二歲刑以上除家人乞鞫之制、此皆與前代法制相異者。至曹髦時因毋邱儉事。又改定律令。凡母族有罪。對於出嫁之女。概不連坐。後世法制。女在室則從父之誅。已醮則隨夫之罰。蓋即昉此。其在蜀吳。則一仍漢代之舊。一則未經改步。當然一仍漢制。不容更易。一則年代較短。諸多仍舊。未暇更改。故皆未有所易。諸葛亮治蜀。專以法家之言爲本。信賞必罰。有功者雖仇必賞。有罪者雖親必誅。故一時頗呈法治之效。迨諸葛逝世。而蔣琬、董允、費褘等繼之。則專事姑息。年年大赦。諸葛秉政時代法治之風。竟爲破壞無餘矣。

第八節　晉

魏代末造。司馬昭以律令太煩。科網太密。乃命賈充、鄭冲、荀勗、荀須、羊祜、王業、杜友、杜元凱、裴楷、周雄、郭欣、成公綏、柳軌、宋邵等更定法令。仍其族類。正其體號。及新律成。而晉武帝已受魏禪。故頒於晉代。頒布時。武帝親自臨講。使裴楷執讀。是爲晉律。以漢蕭何九章律爲本。又加十一篇。計爲二十篇。將舊律刑名。分爲刑名及法例二篇。餘則爲盜律、賊律、捕律、雜律、戶律、興律、廐律。則一仍漢制。而詐僞、請賕、告劾、繫訊、斷獄、毀亡。則概同於魏制。又增加宮衞、違制、水火、關市、諸侯五篇。共六百三十條。二萬七千六百五

十七言。此外更設爲令、以附於律、律者不可更易者也。令者因時制宜者也。如軍事、田農、酤酒等、權設其法。太平當除。故不以入律。而以爲令。凡律令合三千九百二十六條。十二萬六千二百言。合六十卷。又故事三十卷。故事者爲昔日所常行之事。卽一種品式章程是也。其內容較前代爲寬。減梟斬族誅從坐之條。除謀反適養女出女嫁連坐之科。省禁錮相告之條。去捕亡亡沒爲官奴婢之制。而過誤老小女人當罰金杖者。皆令半之。晉代又重科姦罪。凡姦伯叔母者棄市。淫寡女者三歲刑。此實爲後世重科姦罪之所自昉。其後明法掾張斐。特將晉律加以註釋。上表請頒行天下。其中所釋。頗多厄要。爲後世解釋法律者所奉爲圭臬。幾幾百世而不惑。其大要謂知而犯之謂之故。意以爲然謂之失。違忠欺上謂之謾。背信藏巧謂之詐。虧禮廢節謂之不敬。兩訟相趣謂之鬥。兩和相害謂之戲。無變斬擊謂之賊。不意誤犯爲之過。逆節絕理謂之不道。凌上僭貴謂之惡逆。將害未發謂之戕。倡首先言謂之造意。二人對議謂之謀。制衆建議爲之率。不和謂之强。攻惡謂之略。三人謂之羣。取非其物謂之盜。貨財之利謂之贓。此其正也。卑與尊鬥皆爲賊。鬥之加兵刃水火不得爲戲。向人室廬道逕射不得爲過。都城人衆中走馬殺人當謂之賊。此其變也。過失似賊。戲似鬥。鬥而殺傷傍人又似誤。盜傷縛守似强盜。聽人取財似受贓。因辭所連

似告劾。諸勿聽治。似故縱。持質。似恐喝。此其似也。又謂意善功惡。以金贖之。坐罰不過十四等。死刑不過三。徒加不過六。囚加不過五。累作不過十一歲。累笞不過千二百。刑等不過一年。金等不過四兩。月贖不計日。日作不拘月。歲數不疑。閏不以加至死。并死不復加。不可累者。故有併數。不可并數。乃累其加。以加論者。但得其加。與加同者。連得其本。此皆對於律文而加以註釋者也。其所謂加。所謂累。所謂併。即今日刑法上之加重、累犯、及併合論罪。所謂不計日。所謂不拘月。所謂不疑閏。即今日刑法上之時例。所謂徒加不過六。囚加不過五。累作不過十一歲。累笞不過千二百。不以加至死。并死不可加。即今日刑法上之加減例。所謂不可累者。故有并數。不可并者。乃累其加。即今日刑法上累犯與併合論罪之區別。所謂以加論者。但得其加。即今日刑法上之從重處斷。所謂與加同者。連得其本。即今日刑法上之加重。蓋皆規定於律令中者也。是晉代法制。實已具有今日刑法之規模。其精細處。更非秦漢魏所能及。惠帝之世。政出羣下。每有疑獄。各出私情。完全爲人治而非法治。於是尙書劉頌上疏。論之力主厲行法治。且將情與理劃分爲二者。其反對人治反對重情輕理。實爲三代以下所罕見。蓋其旨又不專在反對人治。更反對禮治。故一則曰。事求曲當。則例不得直。盡善。故法不得全。法者。以盡理爲本。而上求盡善。則諸下牽文就

意。以赴主之所許。是以法不得全、吏不知所守。下不知所避。姦僞者因法之多門。以售其情。再則曰。人主詳其政荒。人主明其事理。詳者非他。求盡善。則法傷。故其政荒。明者。輕重之當。雖不厭情。苟入於文。則得而行之。故其事理。三則曰。法軌既定則行之。行之信如四時。執之堅如金石。羣吏不得在成制內復稱隨時之宜。傍引看人設教以亂政典。夫人主所與天下共者。法也。已令四海。不可以不信以爲教。方求天下之不慢。不可繩以不信之法。四則曰。出以權制。指施一事。厭情合聽。可適耳目。誠有臨時當意之快。勝於徵文。不允人心也。然起爲經制。終年施用。恆得一而失十。故小有所得者。必大有所失。近有所濡者。必遠有所包、故諳事識體者。善權輕重。不以小害大。不以近妨遠。忍曲當之近適。以全簡直之大準。不牽於凡聽之所安。必守徵文以正例、而其結論曰。律法斷罪、皆當以律法令正文。若無正文。依附名例斷之。其正文名例所不及。皆勿論。法吏以上所執不同。得爲異議。如律之文守法之官。唯當奉用律令。至於法律之內。所見不同。乃得有異議。故意有不同。唯得論釋法律、以正所斷。不得援求諸外。此其意義。實即爲今之言刑法者宗之。蓋罪刑應取法定。不得以意爲輕重。司法官只知奉法而行。不得自行立法、其解釋更應取嚴格主義。不得比附援引。故律無正條者。不得治以罪。使晉惠早能用之。晉惠以下之帝王早能守之。

則人治之弊。將由是而絕。而惜乎至近五十年。乃始得見此不可不謂法制進化上之一大厄也。蓋執法斷事。既以立法。不宜復求法外小善。若常以善奪法。則人逐善而不忌法。其害甚於無法。故違法為惡固必懲。即違法而為善。亦在必罰之列。上下平等。貴賤同罰。此法治之所以可貴。而劉頌此疏。為千古不可易也。疏上。帝雖下其議。然未果行。至懷帝時。下令除三族刑。元帝東渡。法益荒亂。斷不循法。人立異議。主簿熊遠奏請更立條制。一任諸法。不得直以情言。無所依准。然帝以權宜從事。未能聽從。明帝時又復三族刑。惟不及婦人。然是時法令具文。直至晉代亡國。在上者皆不知國家法制為何物。或嚴峻以殘民。或寬弛以縱下。顛倒是非。淆亂曲直。只知有吏。而不復知有法。較惠帝時。更雜亂而無章矣。

第九節　南北朝

晉亡而後。國中分為南北二朝。南則宋齊梁陳。北則魏及北齊北周。南朝法制。初本於晉。故宋齊皆未有改革。其見其於史冊者。宋代則廢除子孫下辭之條。舊制。父祖犯罪。須引其子孫以為證。如子孫證言不實。妄稱無辜者。處以應得之罪。即所謂乞鞫不審罪降一等也。宋文帝廢之。以為使子孫而證其父祖之罪。虧教傷義。但令家人與囚相見。苟其家人無乞鞫之辭。即足以明伏罪。不須責家人下辭。所謂乞

鞫者。即請求覆訊也。其意義同於今日之上訴或抗告。自成周時卽已有之。魏律定二歲刑以上者。不得乞鞫。蓋以未滿二歲刑者。其事甚微。其罰甚輕。不必再爲乞鞫、亦所以省獄訟也。猶之今日訴訟法上規定刑事最重本刑爲一年以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之罪者。民事因上告所得之利益不逾二百元者。皆不許提起第三審。而宋文帝之廢除子孫下辭在當時爲倫常起見。以爲子之事親。有隱無犯。子爲父隱。是爲直躬。此實本乎人情。今日訴訟法上。爲被告之親屬者。爲被告之未婚配偶者。爲被告之法定代理人、監督監護人者。皆不得爲證人。其原卽本於是。蓋自宋文帝時而已然也。又晉代凡縣令審囚畢。申報於郡。郡遣督郵案驗。宋文帝亦革除之。謂督郵賤吏。何能與縣官長相異。雖有案驗之名。而無研究之實。因下令自後凡縣審囚畢。以事言郡、幷送囚身。委二千石親臨覆辯。苟二千石不能決。乃送廷尉治之。其在外者。則移之刺史。刺史有疑。亦歸廷尉。是蓋恢復漢代之舊。實行三審制也。其在縣者。猶之今日之地方法院。而若郡若州。卽今之高等法院。其上之廷尉。則今之最高法院也。此制自成周以迄秦漢魏晉。率皆若此。又東漢以降議復肉刑者甚多。晉代尤甚。然皆以反對者衆而止。至宋明帝時。始復黥刖之制、但其爲用。則專以施諸死罪遇赦者。凡執刼竊等各種死罪。遇有赦免。則黥其兩頰、卽後代之刺字

也。並斷其兩脚筋。徙諸邊方。但終明帝之世。此制卽廢。齊代對於法制。亦無甚變更。但制病囚診治之法。郡縣獄囚有發病者。往往以湯治之。以至殺囚。齊高祖以死生大命。豈可由獄吏主之。因制病囚診治之法。凡囚有病者。必先申郡。求職司與醫對診。遠縣家人省視。然後處治。至武帝時。有刪定律令之舉。詔王植之集註晉律。晉律成後。由張裴加以註釋。計三十卷。後世沿用之。而杜預亦有註釋。與張註並行。因是兩家所註相異之處。執法者每難得其正。臨時斟酌。得以上下其手。齊武帝因令王植之集註張杜舊律。合而爲一。凡千五百三十條。然未施行。梁卽禪位。梁武帝因取其文。制成梁律。由齊代舊郎蔡法度草擬。王亮審核。共二十篇。一曰刑名。二曰法例。三曰盜刼。四曰賊叛。五曰詐僞。六曰受賕。七曰告劾。八曰討捕。九曰繫訊。十曰斷獄。十一曰雜律。十二曰戶律。十三曰擅興。十四曰毀亡。十五曰宮衛。十六曰水火。十七曰倉庫。十八曰廐律。十九曰關市。二十曰違制。其與晉律同者則有十九。而其所刪去者則爲一諸侯。其所增訂者。則爲一倉庫。其制刑有十五等。棄市以上爲死罪。大罪梟其首。其次棄市。刑二歲以上爲耐罪。所謂耐罪者。蓋卽拘禁其自由。各隨其技能而任使之也。有髡鉗五歲刑。笞二百。收贖絹。男子六十疋。四歲刑。男子四十八疋。三歲刑。男子三十六疋。二歲刑。男子二十四疋。罰金一兩以上爲贖罪。贖罪者。金二

斤。男子十六疋。贖髡鉗五歲刑笞二百者。金一斤十二兩。男子十四疋。贖四歲刑者。金一斤八兩。男子十二疋。贖三歲刑者。金一斤四兩。男子十疋。贖二歲刑者。金一斤。男子八疋。罰金十二兩者。男子六疋。罰金八兩者。男子四疋。罰金四兩者。男子二疋。罰金三兩者。男子一疋。罰金一兩者。男子二丈。至女子則各半之。如男子納絹十六疋者。女子則爲八疋。其下者更分九等。一曰一歲刑。二曰半歲刑。三曰百日刑。四曰鞭杖一百。五曰鞭杖五十。六曰鞭杖四十。七曰鞭杖三十。八曰鞭杖二十。九曰鞭杖十。再下者則更分八等。一曰免官。加杖督一百。二曰免官。三曰奪勞百日。杖督一百。四曰杖督一百。五曰杖督五十。六曰杖督四十。七曰杖督三十。八曰杖督二十。論加者上就次。論減者下就次。即每加加一等。每減減一等是也。且有官職者。如所犯僅爲罰金、鞭杖、杖督者。悉停其罰。概行入贖。其臺省令史士卒欲贖者聽。此蓋本於古制刑不上大夫之義。亦即後世官當之所自昉。即以官贖刑也。又訊問囚人。凡囚人不伏罪者。則有斷食之制。此實梁代空前絕後之舉。前乎梁者固未之有。後乎梁者亦未之行。其制凡斷食者三日。聽家人進粥二升。女及老小百五十刻。乃與粥。滿千刻而止。其外與晉代法制相較。大率相同。唯鞭杖之制。較晉代爲細。鞭有制鞭、法鞭、常鞭三種。制鞭生革廉成。法鞭生革去廉。常鞭熟靼不去廉。廉者稜也。皆作鶴頭紐長

尺二寸。梢長二尺七寸。廣三寸。靶長尺五寸。杖則分大杖、法杖、小杖三種。皆用生荊。長六尺。大杖頭圍寸三分。小頭八分半。法杖圍寸二分。小頭五分。小杖圍寸一分。小頭極杪。諸督罰。大罪無過五十。次三十。小者二十。當笞二百以上者。笞其半。凡鞭杖皆施於背。只用常鞭及小杖。其用制鞭、法鞭、大杖、法杖者。須以特詔行之。自非特詔不得用。笞者則笞其臀。更規定械杻升械及鉗輕重之制。將吏以上及女人應有罰者。則以罰金代之。其罪反叛大逆者。皆斬。父子同產男。無少長皆棄市。女妻姊妹及應從坐棄市者。妻子女妾同補奚官爲奴婢。其財沒官。劫身皆斬。妻子補兵。遇赦降死。黵面爲劫字。髡鉗補冶士鎖士終身。其下又讁運配材官冶士。尚方鎖士。皆以輕重差其年數。其重者或終身。士人則有禁錮之科。亦以輕重爲差。凡定罪二千五百二十九條。又令三十卷。其審判制度。則與漢魏晉相同。但重罪者。則由丹陽尹每月一詣建康。與御史、廷尉、大尉三官。參共錄獄。察斷枉直。其尚書當錄人之月者。則與尚書參共錄之。每三月一次。蓋各地方重囚。皆置於建康獄也。其後除贖罪之科。又除黵面之刑。黵面之刑。本始於齊明帝之恢復黥刑。即刺字於兩頰。所以使人不齒也。梁代因之。然以反對者衆。故不及十年。即行廢除。其後更省連坐之制。除大逆外。父母祖父母皆不坐。且逋謡之家及罪應質作者。若年有老小。可停將送。蓋是時百

姓有罪緣坐。則舉家不免。有一人逃亡。則舉家質作。所謂質作者。即爲實於材官或尚方。罰使作苦工也。故有四五歲以下輕囚助充使役者。因有是令。凡年有老小者。可停止質作。然因是又復贖罪之科。至陳代梁禪。陳武帝令范杲徐陵等删定律令。制成陳律。計律三十卷。科三十卷。大致一仍梁制。唯復父母緣坐之刑。並改贖罪之科。其三歲刑者。若有官准當二年。餘一年贖。若公坐過誤。罰金。其二歲刑。有官者贖論。一歲刑。無官亦贖論。此即所謂官當也。蓋在梁代。在官身之停罰納贖者。唯限於犯罰金鞭杖之罪。而此則擴充至於徒刑。唐以後官當之制。即確立於此。於此又有可注意者。刑訊之制。古所未有。雖秦漢時代。司法官對於獄囚之不承者。得以搒掠之。所謂三木之下。何求不得。然從無定於律令者。實爲司法官一種法外淫威。至梁時則立有測罰之制。凡繫獄者。不即答款。可加以測罰。所謂測罰者。即刑訊也。言測度其情節。以施之罰。使之據實答款也。而斷食之制。亦爲測罰之一種。蓋使之飢餓。不得不吐實也。至陳代則更變本加厲。凡有贓驗昭然。而不款伏者。則以立測之罰加之。立測者。以土爲梁。高一尺。其上圓僅容囚兩足。立鞭二十。笞三十。刑訖不承。再著兩械及扭。上梁一上。測七刻。日再上。凡上測七次。經鞭杖合一百五十。而仍不承者。免死。此實開後世刑訊之制。因是司法官得堂哉皇哉。以三木加於被告。蓋已當

官而行矣。死刑之下。則爲髡鞭五歲刑。鎖二重。其五歲刑下。並鎖一重。此卽後世鐐銬之制。罪重者加以銬。罪輕者只用鐐五歲四歲刑。若有官准當二年餘並居作。所謂居作者。卽居於材官或尙方等處充作苦工也。又凡獲賊帥及士人惡逆。免死付治。聽妻入役。不爲年數。凡決鞭杖囚。並著械杻。若徒刑則用鎖。死罪將決。乘露車。著三械。加拳手。至市始脫械及拳手。所謂拳手者。卽後世之手銬也。當刑於市者。夜須明。雨須晴。朔日、八節、六齋日、月在張心日。並不得行刑。廷尉寺爲北獄。建康縣爲南獄。中央之獄。置於北獄。地方之獄。置於南獄。並置正監平三官以治之。三月則侍中吏部尙書三公郎部都令史三公錄冤屈。御史中丞、侍御史、蘭臺令史親行京師諸獄及冶署理察囚徒冤枉。此蓋陳代之審判制度。其大體則與梁相同者也。不過梁代鞫訊建康獄者。加入地方官丹陽尹。而此則一由中央官吏任之。稍異其制耳。

南朝之法制。已如上所述矣。至言北朝。則魏尙嚴峻。且多以軍令從事。蓋乘軍事之後。而又起自北方。故無所謂法制也。其後下令凡當死者。聽其家以金馬贖。蓋是時人以違令死者。歲以萬計。民情洶洶。非此不足以應付也。然犯大逆者。親族男女無少長皆死。男女不以禮交皆死。人相殺者。可與死家牛馬四十九頭及送葬器物以平之。盜者凡官物一賠五。私物一賠十。至道武帝立。平定北方。以舊制太峻。特

命三公郎王德除其酷法。約定科令。至太武帝詔崔浩更定律令。是卽魏律。除五歲四歲刑。增一年刑。大逆不道者腰斬。誅其同籍。卽所謂門房之誅。年十四以下者。則腐刑。女子沒縣官。害其親者轘之。爲蠱毒者男女皆斬。並焚其家。巫蠱者負羖羊抱犬沉諸泉。當刑者贖。貧則加鞭二百。畿內人富者燒炭於山。貧者役於圊溷。女子入舂槀。其篤疾不逮於人。守苑囿。王官階九品。得以官爵除刑。婦人當刑而孕。產後百日乃決。年十四以降。刑之半。八十及九十。非殺人不坐。拷訊不逾四十九。論刑者。部主言狀。公車鞫辭。而三都決之。當死者定案奏聞。帝親臨問。無異辭怨言。乃刑之。諸州囚之大辟。皆先讞報乃施行。並於闕右懸登聞鼓。以達冤人。凡斬者。皆裸形伏櫝。其後以有司斷法不平。詔諸疑獄者付中書。依經義論決。又魏律凡盜贓至四十疋者。致大辟。後以盜多。改爲盜三疋卽誅。其後崔浩被誅。又令胡方回游雅改定律制。凡二十篇。三百七十條。門房之誅四。大辟百四十五。刑二百二十一。其中有十九篇同於晉代。唯無諸侯。而增一門。律文成帝時。稍革嚴酷之刑。凡大逆不道者。十三歲以下。皆免死沒官。然嚴峻之風。仍然有增無已。以庶士多因酒酗致訟。特設酒禁。凡釀沽飲者皆斬。吉凶之會。聽開禁。有程日。又增置候官。伺察諸正及州鎭。凡官吏違贓二丈者皆斬。又增律七十九章。門房之誅十三。大辟三十五。刑六十二。獻文帝末

造。下令罷房門之誅。除謀反大逆外。罪止一身。孝文帝更罷候官。除酒禁。命高允更定新律。將舊文隨例修改。凡八百二十三章。又恢復房門之誅。計多至十六大辟之罪二百三十五。刑三百七十七。除裸形之例。罷擧行劓刼首謀門誅律。其後又改令凡謀爲大逆者族誅者降至同祖三族者止一門門誅者止一身。時司法官及州縣。又多爲重枷以刑訊囚人。甚至以縋石繫於囚頸。傷肉至骨。勒以誣服。帝因下令禁止。非大逆有明證而不款辭者。不得大枷。又嚴禁官吏貪贓枉法。依律凡枉法十疋。義贓二十疋。皆大辟。現更定義贓一疋。枉法無多少。一體處死。並下令凡犯死罪而父母祖父母年老更無成丁子孫。又無周親者。得具狀奏請。其犯流刑者。髡鞭付宮留養。此實開後世單丁留養老親之制。直至有清末造。經一千四百餘年而未改。此亦法治之怪現象。而有罪必罰之條。竟以單丁親老而破壞無遺也。宣武帝時更定枷制。大枷長丈三尺。喉下長丈。通頰木各方五寸。以擬大逆謀叛。並更定官當之制。自王公以下有封邑者。當刑二歲。免官除名。三年後各降本爵一等。王及郡公降爲縣公。公爲侯。侯爲伯。伯爲子。子爲男。男縣則降爲鄉男。五等爵者。並依此而降至於散男。其鄉男散男無可降授者。三年後聽依其本品之資出身。於是官當之制。至是而益確立。直至一千四百餘年後。而始隨帝王政治以俱去。此則魏代之法制因革

也其後魏分爲二。北齊北周繼之。北齊文宣帝受禪後命羣臣刊定魏朝麟趾格。又議造齊律。積年不成。其決獄仍依魏制。所謂麟趾格者。東魏於麟趾閣命羣臣議定之法制也。北魏分爲東西後。西魏則一仍舊制。而東魏則孝靜帝更改舊制。於麟趾閣議定新法。謂之麟趾格。頒行天下。至齊代而更修之。神武時嚴盜禁。凡盜數文者斬。妻子同籍。配爲樂戶。小盜贓滿十疋以上。魁首死。妻子配驛。從者流。其嚴酷實無與倫比。至武成帝時由王叡等奏上齊律。計十二篇。一曰名例。將刑名及法例合而爲一。二曰禁衞。三曰戶婚。四曰擅興。五曰違制。六曰詐僞。七曰鬥訟。八曰賊盜。九曰捕斷。十曰毀損。十一曰廄牧。十二曰雜律。其刑名有五。一曰死。分轘梟斬絞四種。二曰流。投邊裔爲兵。三曰刑。自五歲以至一歲。四曰鞭。自百至四十。五曰杖。自三十至十。共十五等。其治內官及老小閹癡並過失。應贖者皆以絹代金。其外更有笞刑。計九百四十九條。又新令三十卷。大抵採魏晉故事。但已較魏晉及北魏等之刑罰爲寬宥。無復非人道主義之鑊烹、腰斬、以及焚家、沉泉等慘酷之刑矣。故其最重者爲轘。次則梟。凡梟者則陳屍三日。又犯流刑者。附加鞭笞各百。髡之投於邊裔。其不合遠配者。男子長徒。女子配舂。並六年。其所謂刑者。即耐罪也。即今之所謂徒刑。犯此者各加鞭百。五歲刑更加笞八十。四歲六十。三歲四十。二歲二十。一歲者無有笞加

其鎖輸作左校而不髡。無保者則鉗之。婦人則配舂及掖庭織。其贖刑、則死罪百疋。流九十二疋。刑五歲七十八疋。四歲六十四疋。三歲五十疋。二歲三十六疋。各通鞭笞論、一歲無有則通鞭二十四疋。鞭刑每十贖絹一疋。至鞭百則絹十疋。無絹之鄉。皆準絹收錢。笞十以上至死、又爲十五等。不在上述五刑之內。當加減者上下就次。卽每加加一等。每減減一等是也。法合贖者謂流內官及爵秩。比視老小閹癡並過失之屬。凡犯罰絹一疋及杖十以上。皆名爲罪人。盜及殺人而亡者。卽懸名註籍。甄其一房配驛戶。宗室則不註盜。不入奚官。不加宮刑。自犯流罪以下合贖者。及婦人犯刑以下。侏儒、篤疾、殘廢非犯死罪者皆頌繫之。刑罪則鎖以枷、流罪以上加杻械。死罪者桁之。桁者大械。所以錮頸及脛者。決流刑鞭笞者。鞭其背五十一易執鞭人。鞭鞘皆用熟皮。削去廉稜。鞭瘡長一尺。笞者笞其臀而不中易人。杖長三尺五寸。大頭逕二分半。小頭逕一分半。決三十以下者杖長四尺。大頭逕三分。小頭逕二分。在官犯罪以鞭杖十爲一負。閑局六負爲一殿。平局八負爲一殿。繁局十負爲一殿。加於殿者復計爲負。又定十惡之制。一曰反逆。二曰大逆。三曰叛。四曰降。五曰惡逆。六曰不道。七曰不敬。八曰不孝。九曰不義。十曰內亂。其犯十惡者。不在八議論贖之限。此十惡之制。亦爲後世所取法。直至有清末造。始行廢除。在隋煬帝時雖一度革除。

然至唐而旋恢復。蓋本於倫常主義而來。無論儒家或法家。凡嚴上下之分者。皆所贊同也。此外更有因時制宜。不可定爲法者。別制權令二卷。與律並行。齊律法令明審。科條簡要。帝又飭仕門子弟常講習之。故齊人多知法律。頗具法治之觀。至於北周。則文帝時卽有改律之議。修撰法律。至武帝受禪後。由拓跋迪上新律。頒行天下。是曰大律。計二十五篇。一曰刑名。二曰法例。三曰祀享。四曰朝會。五曰婚姻。六曰戶禁。七曰水火。八曰興繕。九曰衞宮。十曰市廛。十一曰鬥競。十二曰刼盜。十三曰賊叛。十四曰毀亡。十五曰違制。十六曰關津。十七曰諸侯。十八曰廐牧。十九曰雜犯。二十曰詐僞。二十一曰請賕。二十二曰告言。二十三曰逃亡。二十四曰繫訊。二十五曰斷獄。計定罪千五百三十條。其刑名有五。每屬五等。共二十五等。而笞刑不與其列。一曰杖刑。自十以至五十。二曰鞭刑。自六十以至一百。三曰徒刑。自一年以至五年。各附加鞭笞。徒一年者。鞭六十。笞十。徒二年者。鞭七十。笞二十。徒三年者。鞭八十。笞三十。徒四年者。鞭九十笞四十。徒五年者。鞭一百。笞五十。四曰流刑。自二千五百里至四千五百里。各附加鞭笞。流衞服。去皇畿二千五百里。鞭百。笞六十。流要服。去皇畿三千里。鞭百。笞七十。流荒服。去皇畿三千五百里。鞭百。笞八十。流鎭服。去皇畿四千里。鞭百。笞九十。流蕃服。去皇畿四千五百里。鞭笞各百。五曰死刑。一爲磬。二爲絞。三

爲斬。四爲梟。五爲裂。所謂磬者。縣而縊之也。不立十惡之名。而重罰、惡逆、不道、大不敬、不孝、不義、內亂之罪。凡惡逆肆之三日。盜賊羣攻鄉邑及入人家者殺之無罪。若報仇者。造於法而自殺之不坐。經爲盜者。注其籍。凡死罪枷而拲。流罪枷而梏。徒罪枷。鞭罪桎。杖罪散。以待判斷。梏者爲手銬。桎則脚鐐也。皇族及有爵者。死罪以下鎖之。徒罪以下散之。獄成將殺者。書其姓名及其罪於拲而殺之市。皇族與有爵者則隱之。其贖刑。凡杖刑。由金一兩以至五兩。鞭刑二兩至十兩。徒刑一年者金十二兩。二年者十五兩。三年者一斤二兩。四年者一斤五兩。五年者一斤八兩。流刑金一斤十二兩。俱役六年。不以遠近爲差等。死刑金二斤。鞭者以百爲限。加笞者合二百止。應加鞭笞者。皆先鞭後笞。婦人當笞者。聽以贖論。徒輸作者皆任其所能而役使之。杖十以上當加者。上就次。數滿乃止。當減者。死罪流蕃服。蕃服以下。俱至徒五年。五年以下。各以一等爲差。爲盜賊及謀反大逆降叛惡逆。罪當流者。皆甄一房。配爲雜戶。其爲盜賊事發逃亡者。懸名註配。若再犯徒三犯鞭者。一身永配下役。應贖金者。鞭杖十。收中絹一疋。流徒者。依限歲收絹十二疋。死罪者百疋。其贖刑。死罪五旬。流刑四旬。徒刑三旬。鞭刑二旬。杖刑一旬。限外不輸者。歸於法。貧者得請而免之。其後又除復仇之法。犯者以殺人論罪。時帝又平北齊。以齊之舊俗未改。爲刑書要制。以

督之。法持嚴酷。持杖羣盜一疋以上。不持杖羣盜五疋以上。監臨主掌自盜二十疋以上。盜及詐請官物三十疋以上。正長隱五戶及丁五以上。及地傾以上。皆處死刑。所謂正長者。卽里正鄉長也。百戶爲里。其在城邑者則曰里。在田野者則曰鄉。蓋等於今日之鄉鎭。爲地方上最小之自治區域。至宣帝時。初則以刑書要制爲太嚴。濫行赦免。後則又欲立威羣下。令撰刑書。作刑經聖制。專以誅殺羣臣。曰杖者一百二十。曰多杖者。二百四十。名曰天杖。更作礔礰車以威婦人。下及公卿。內及后妃。幾無一不受捶楚。然民間獄訟。則仍用大律及刑書要制。未遭刑經聖制之毒。

第十節　隋

隋承北朝之後。令高熲等更定新律。頒行天下。大減舊代之刑。其刑名有五。一曰死刑。分爲二等。有絞、有斬。二曰流刑。分爲三等。有千里、千五百里、二千里。應配者。千里居作二年。千五百里居作二年半。二千里居作三年。所謂配者。卽發遣也。居作者。在配所罰作苦工也。三曰徒刑。分爲五等。有一年、一年半、二年、二年半、三年。四曰杖刑。分爲五等。自六十以至百。五曰笞刑。亦分五等。自十以至五十。所有前代之鞭刑、梟首、轘裂之法。以及屢廢而未實行之宮刑。悉行蠲除。卽流徒之罪。亦爲減輕。流役本爲六年。改爲五

年。徒刑五年。改爲三年。唯大逆及謀反叛者。父子兄弟皆斬。家資沒官。又損益齊制。設十惡之條。一曰謀反。二曰謀大逆。三曰謀叛。四曰大逆。五曰不道。六曰大不敬。七曰不孝。八曰不睦。九曰不義。十曰內亂。謀反者。謀危社稷。即今之內亂罪。謀大逆者。謀毀宗廟山陵及宮闕也。謀叛者。謀背本國以通外國。即今之外患罪。惡逆者。毆及謀殺尊親屬及丈夫。不道者。慘毒殺人或殺死一家數命。大不敬者。對於君上有不敬之行爲。不孝者。詛罵或遺棄直系尊親屬。以及與直系尊親屬別籍異財。居三年喪而嫁娶。作樂。匿三年喪不條舉。或詐稱直系尊親屬死亡。不睦者。殺及謀賣親屬。不義者。部民殺官長。軍士殺軍官。學生殺師傅。或妻匿夫喪而不舉哀。內亂者。四等宗親以內之男女相姦。凡犯此十惡或故殺人獄成者。雖會赦猶除名。又制議請減贖及官當之科。議者。由羣臣議。請者。請於君主。減者。宥減其罪。贖者。以銅贖罪。官當者。以官抵當其罪。凡在八議內及官品第七以上犯罪者。皆例減一等。其品第九以上犯者。聽贖。應贖者。悉以銅代絹。銅一斤爲負。負十爲殿。笞十者。銅一斤。加至杖百。則十斤。徒一年。贖銅二十斤。每等則加十斤。三年則六十斤。流千里贖銅八十斤。每等則加十斤。二千里則百斤矣。死刑不分腰、斬皆贖銅一百二十斤。其官當之制。犯私罪者。五品以上。一官當徒二年。九品以上。一官當徒一年。當流者三流同。皆比徒

三年。若犯公罪。則徒各加一年。當流者各加一等。其累徒過九年者。流二千里。又嚴禁非法訊問。因前代相承。有司訊問獄囚。皆法外用刑。威逼有用大棒、束杖、車輻、鞋底、夾指、壓踝、杖桄之屬。至是悉行嚴禁。訊四不得過二百。枷杖大小。咸爲之程品。行杖者不得易人。又勅四方辭訟。有枉屈者。先申縣。縣不理者。以次經郡及州至省。不得越級申訴。省再不理。乃指闕申訴。有所未慊。得撾登聞鼓。有司錄狀奏之。並定議、請、減、贖、當免之法。此爲第一次隋律。頒行於隋文帝滅陳之前。其後又令牛威牛弘等更定新律。除死罪八十一條。流罪一百五十四條。徒罪一千餘條。僅留五百條。凡十二篇。一曰名例。二曰衛禁。三曰職制。四曰戶婚。五曰廐庫。六曰擅興。七曰賊盜。八曰鬥訟。九曰詐僞。十曰雜律。十一曰捕亡。十二曰斷獄。此爲第二次隋律。即所謂開皇律。更置律博士弟子員。斷決大獄。皆先牒明法。定其罪名。然後依斷。嗣又以天下用律旨多踳駁。罪同論異。制諸州死刑。悉移送大理奏裁施行。大理爲中央最高法院。即漢代之廷尉也。隋代審判制度。沿襲漢魏晉成法。唯增加其級數。一曰縣。再曰郡。三曰州。此屬諸地方者。州而上則爲省。是屬諸中央者。所謂省者。即尚書省是也。尚書一省。下分六部。刑部居其一。專司獄訟事務。然遇有死囚及可疑者。則移送大理寺。或考核其當否。或鞫訊其虛實。而後奏上請裁。再有不當。則由御史臺糾正之。

御史臺即古代之所謂蘭臺也。其後又改徒及流並爲配防。所謂配防者。即發配防地也。等於北魏之補兵吏詔死罪三奏。然後行刑。三奏之制。防自成周。漢代亦曾因之。至隋而始確立。唐宋元明清。亦皆沿襲之。蓋所以示愼刑也。然文帝立法雖寬。而用法實嚴。初則處處以法爲依歸。幾有法治之效。乃不旋踵又嫌其不便。詔諸司論屬官罪。聽律外決治。於是法律幾等具文。上下相毆。以剋爲明。以殘暴爲幹能。以守法爲懦弱。完全爲人治而非法治。且亦等於無法矣。又以盜賊繁多。命盜一錢以上者皆棄市。聞見不告者坐至死。時有三人共盜一瓜。四人共盜一榱桷。事發即時行決。合川倉粟少七千石。以爲主典所竊。即馳驛斬之。沒其家爲奴婢。嗣後盜邊糧者。一斗以上皆死。家口沒官。然以用法太峻。羣情洶洶。至有聚衆刼執事者。始停盜取一錢棄市之法。煬帝即位。又勅牛弘等重修律令。除十惡之條。又以是時斗秤皆小於舊二倍。故其贖銅亦加二倍爲差。杖百則須贖銅三十斤。徒一年者百十斤。每等加三十斤。三年則一百八十斤。流無異等。贖二百四十斤。死刑贖三百六十斤。計經三年。新律乃成。共十八篇。凡五百條。是爲大業律。即第三次隋律。一曰名例。二曰衞宮。三曰違制。四曰請賕。五曰戶律。六曰婚律。七曰擅興。八曰告劾。九曰賊律。十曰盜律。十一曰門律。十二曰捕亡。十三曰倉庫。十四曰廐牧。十五曰關市。十六曰雜律。

十七曰詐僞。十八曰斷獄。其五刑之內。降從輕典二百餘條。其枷杖決罰訊囚之制。亦較舊律爲輕。然煬帝亦非眞能省刑罰者。不旋踵下令各地。凡竊盜以上。罪無輕重。不待聞奏皆斬。後又詔爲盜者籍沒其家。楊元感之變。帝更誅及九族。其尤重者。行轘裂梟首之刑。於是律文盡成具文。上下可無一遵守矣。語曰天下無不行之法。而無必行法之法。吾國歷代法制。非不完備。縱有不當。亦時代使然。然一壞於禮治。再壞於人治。雖有法制。幾幾無一而行。故旋頒旋毀。旋行旋棄。觀乎隋代之三律。以及隋文隋煬父子之行事。即可見法制之爲物。只爲點綴粉飾之用。在初行時或蘄其實行。而一遇事故。即棄之如遺。直同覆瓿矣。故今代之罪刑法定主義。司法獨立制度。皆爲厲行法治之所必不少者。否則必至有法而不能行。其寬嚴一任諸在上位者一時之喜怒。其弊害寧有底止。虞夏商周。世守其官。官守其職。以天子之尊而不能易士師之位。故司法得以獨立。雖盛行禮治。尚不至如後世之同罪異罰。朝令暮更。而秦漢以後。則司法官之任免。一任諸帝王之愛憎予奪。於是司法獨立之制。無形中爲所隳壞。今日各文明國。悉規定司法官非經依法受刑或懲戒。在任中不得減俸、轉職、或解職。良有以也。而司法官獨立審判。不受上級官廳干涉。更爲天經地義之事。誠以非如此。法治之效。終不可得而見也。

第十一節　因革時期歷朝法典之系統

吾國立國五千年。三代以前。法制未備。雖有一二。亦僅具規模。故謂之爲創造時期。秦漢魏晉以至隋。則法制漸備。故謂之曰因革時期。蓋對於前代之法制。已有不少之改革。由疏而至密。由粗而至精。已漸至於完備。然其大要。則仍相沿相襲。未見多大之變動。蓋皆取倫理主義。嚴上下之分。別尊卑之序。制男女之防。而又民刑不分。公私不辨。治行政法、刑法、民法、懲戒法、訴訟法、監獄法於一爐。而統謂之爲刑。不過於刑之中。分其類目。別爲篇章。以使之有所類別而已。故隋代之法。無異於漢代之法。雖時隔千年。經過多少變革。而其系統。則仍一貫。未嘗有其他法制參入其中。北魏、北齊、北周。雖起自北方。與中原爲異族。然其法制。則與中原無異。仍採自漢魏晉之舊。而其本來所固有之一切法制。皆歸於淘汰。至於今且無從查攷。故此因革時期歷朝法典之系統。實可有一綫到底。未嘗有所中斷。亦未嘗有何變動。雖每代必有改革。然亦不過文詞之末。而其精神所在。則固有因而未有革也。此亦可以覘吾國歷代社會之情態。人民之心理。與夫倫理主義之浹洽人心。歷二千餘年而未有變。且可以覘法制之爲物。只可順適社會。不能創造社會。縱有大力者出而主持。亦不能舉其舊日之一切習慣、風尙、民心而一一革之。以使

之煥然一新。此所以因革時期之法制。雖經異族侵入。羣胡亂華。而卒因多革少。因者什九。革者什一。未見有若何之大變動也。茲將自漢至隋各朝所定法典篇目一一列表如左。以資比較。庶亦足以見吾國古代法制精神之所在也。

中國歷朝法制表

法經六篇	6 具法								1 盜法	
漢律九章	具律				戶律		廐律	興律	盜律	
魏律十八篇	刑名				戶律		廐牧	擅興	盜律	刼掠
晉律二十篇	1 刑名	2 法例	21 宮衛	31 違制	14 戶律		17 廐牧	15 興律	3 盜律	
宋律二十篇										
齊律二十篇										
梁律二十篇	1 刑名	2 法例	15 宮衛	20 違制	21 戶律		18 廐牧	13 擅興	3 盜律	
北魏律二十篇	刑名	法例	宮衛	違制	戶律		牧產	擅興	盜刼	
北齊律十二篇	1 名例		2 宮衛	5 違制	3 戶婚		11 廐牧	4 擅興	8 賊盜	
北周律二十五篇	1 刑名	2 法例	9 宮衛	15 違制	6 戶禁	5 婚姻	18 廐牧	8 擅興	12 賊盜	
隋律十二篇	1 名例		2 宮衛	3 職制	4 戶婚		5 廐庫	6 擅興	7 賊盜	
大業律十八篇	1 名例		2 宮衛	3 違制	5 戶律	6 婚律	14 廐牧	7 擅興	01 盜律	
備註	宋齊。二代律法皆一依晉代之。舊未有變革。而陳代則									

	2 賊法				5 雜法		4 捕法				3 囚法							
	賊律				雜律		捕律				囚律							
償贓	賊律	毀亡		詐僞	雜律	驚事	捕律	請賕	告劾	繫訊	囚律	斷獄						
16 水火	4 賊律	9 毀亡		5 詐僞	11 雜律		8 捕律	6 請賕	7 告劾	9 繫訊		10 斷獄	18 關市			20 諸侯		
16 水火	4 賊犯	14 毀亡		5 詐僞	11 雜律		8 捕律	6 請賕	7 告劾	9 繫訊		10 斷獄	19 關市		17 倉庫			
水火	賊犯	毀亡	鬥律	詐僞	雜律		捕斷	請賕	告劾	繫訊		斷獄	關市					
		10 毀損	7 鬥訟	6 詐僞	21 雜律		8 捕斷											
7 水火	13 賊犯	14 毀亡	11 鬥競	20 詐僞	19 雜犯		23 逃捕	21 請賕	22 告劾	24 繫訊		25 斷獄	10 市廛	16 津關		19 諸侯	3 祀享	4 朝會
			8 鬥訟	9 詐僞	10 雜律		11 逃捕					12 斷獄						
	9 賊律		11 鬥律	17 詐僞	16 雜律		12 捕亡	4 請賕	8 告劾			18 斷獄	15 關市		13 倉庫			

曾制律三十篇。大約亦沿晉及梁之舊。不過將其篇目稍稍分韓而已。通志未載其篇目。陳書中亦未詳載。因暫缺。

上列之表。由李悝創造法經六篇。以迄隋煬帝大業律十八篇爲止。其次序則依隋文帝開皇律爲準。蓋後世之唐宋皆以此爲藍本。上束前代。下啓後來。故以之順其次序。如以現代法制言之。則戶婚、倉庫。應屬於民法。禁衞、職制。則屬於行政法。逃捕、斷獄。則屬於訴訟法及監獄法。其屬於刑法者。則爲擅興、盜律、賊律、鬥律、詐僞、及雜律。然其中亦有不盡然者。如禁衞及職制之中。亦有刑法在也。廐庫中。亦有刑法。而擅興之中。亦有行政法及民法。卽詐僞及雜律之中。亦有不少不屬於刑法而屬於民法者。蓋是時民刑不分。公私不辨。凡違法者。不問爲行政法。爲民法。爲刑法。爲訴訟法或監獄法。一體以刑治之。既以刑治之。則統歸之於律。而如官吏懲戒法。如違警罰法。當然更包括於其中。故其分類也。不以法之性質爲標準。而以事之相似爲標準。例如侵權行爲。往往同時牽涉民刑二法。然在刑事上應負刑事責任。而在民事上則負損害賠償責任。二者絕非一物。然在古代法律。則完全無此區別。將二者併爲一談。又如當衆罵人。乃爲違警行爲。而誹謗則屬於刑法。其性質亦絕然有異。然在古代法律。亦無此區別。故古代法律。凡事只有程度上之區別。而無性質上之差異。故欲將古代法典上所定之篇目。而一一以今日之法律性質區分之。若者爲行政法。若者爲刑法。若者爲民法。若者爲訴訟法或監獄法。若者爲官吏懲戒

法。若者爲違警罰法。殊不可得。然此亦不僅吾中國一國爲然。其他各國。莫不如是。是則審法制者所不可知之者也。

第十二節　創造因革兩時期歷代刑罰之比較

刑罰世輕世重。蓋亦因時制宜。視其當時之社會狀態。人民心理。以定其標準。故治世法必輕。亂世法恆重。又凡一國開創之世。必在大亂之後。是時人民稀少。生活簡單。在上下者皆厭惡兵革。亟思休養生息。而在上者爲收拾人心計。更思以寬厚博人民之好感。故其所制之法。大概以寬厚者爲多。然司法既不能獨立。一任帝王之隨意予奪。則雖有寬厚之法典。而一遇殘刻之君。卽不能守法以治。專伺在上者之喜怒以爲準。甚至以一時之好惡。擅頒嚴峻之律令。於是大亂起矣。故開創之世法多輕。衰亂之世法多重。其始終寬厚者。則爲周代。然自東遷而降。諸侯各據其國。天子守府。雖欲爲惡。而亦有所不能。其始終嚴峻者。則爲秦代。蓋秦代本以嚴法立國。以是而強。以是而王。而又二世而卽亡。故始終以嚴峻律其下。凡虞夏商周累代之禮治主義。悉爲摧殘無遺。而後世種種嚴酷之刑。亦卽緣是而起。視民命如草芥。待臣下如奴隸。以李斯之尊。而具五刑。夷三族。是可見也。漢代以後。雖力主恢復虞夏商周之治。而卒

不能行。凡秦代種種暴虐之法制。仍不能絕迹。且厲行人治。遇有道之主。尙可挽回一二。然亦往往博忠厚寬大之名。而不由於法。而一遇暴酷很戾之主。則更變本加厲。卽以肉刑言。漢文已下令廢除。而後代仍相沿不絕。直至隋代始完全革除。其他更可知矣。蓋立法司法之權。皆操於帝王一人。而周代訊羣臣訊羣吏訊萬民之法。又爲蕩然無存。因是生殺予奪。唯意所欲。雖有法律。亦同具文。甚至爲事立法。爲人立法。今日遇一事。則立一法以治之。明日遇一人。則又立一法以治之。前後矛盾。同罪異罰。此皆人治之弊害。故欲將歷代刑名之輕重而比較之。不特須羅列律令上所規定者。更須搜集律令上所未規定而於律令外所施行者。如是。庶得其正。否則僅以列朝之律令爲據。則肉刑早廢除於漢代。而鑊烹腰斬之刑。亦早不見於漢代以後矣。雖然、其未見於官牘而僅以一時之喜怒對某一事或某一人特別寬宥或施以特別之刑罰者。則不爲列入也。蓋僅行於一事或一人。既未著爲律令。又未通行久遠。當然不能視爲刑罰之一種。又凡未見於官牘而爲一二人所私用。卽所謂私刑者。亦不列入。例如大棒、束杖、車輻、鞋底、夾指、壓踝、杖桄之屬。皆爲一種私刑。不特律所未見。且爲律所嚴禁。當然不能視爲刑罰。玆將虞商夏周以至隋代爲止。所有各代律令上所規定之各種刑罰。或雖未規定於律令而曾公然行之久遠者。一

一爲之列表錄左。庶足以覘歷代刑罰之寬嚴。與夫二千餘年來歷代刑罰之變遷迹象也。

刑名	生命刑	身體刑
虞夏商周	大辟	墨 劓 剕 宮 鞭 朴
秦	磔 梟首 腰斬 車裂 鑊烹 囊撲	黥 劓 刖 宮 搒掠
漢	棄市 梟首 腰斬 鑊烹 絞	髡 鉗 耐 宮 笞 斷舌
魏	斬 梟首 絞	髡 鉗 耐 斗械 鞭 笞
晉	斬 梟首 絞	髡 鉗 耐 鞭 笞
宋齊梁陳	斬 梟首 絞	鞭 杖 笞 宮 黥面 刖
北魏	腰斬 轘 沉水 梟首 斬 絞	鞭 杖 笞 宮 枷
北齊	斬 絞 梟首 轘	髡 鞭 杖 笞 宮 枷
北周	磬 絞 斬 梟首 轘	鞭 杖 笞 宮 枷
隋	斬 絞	杖 笞 枷
備註	古者罪人不孥。自秦時定連坐及夷三族之制。至漢仍舊。呂后時。改定其法。非謀反大逆。概不夷三族。並除收孥相坐之律。未幾又復相坐之律。凡盜刼等案。一門連坐。但	

自由刑	流 放 幽	城旦 舂 鬼薪 白粲 隸臣妾 輸邊 輸作	城旦 舂 鬼薪 白粲 隸臣妾 輸邊 居作 輸作 禁錮	城旦 舂 鬼薪 白粲 隸臣妾 居作 輸作 禁錮	居作 輸作 補奚官	居作 輸作 補奚官	燒炭 役圈溷 入舂稾 守苑囿 補兵 流 徒刑	流 耐 配樂戶 配驛	補兵 配雜戶 流 徒	配防 流 徒
財產刑	贖	贖 入官	贖 罰金 入官 雇山	贖 罰金 入官	贖 罰金 入官	贖 罰金 入官	贖 罰金 入官	贖 罰金 入官	贖 罰金 入官	贖 罰金 入官

其刑較本人為輕。或流或徒。而殺死多人者、仍須坐其父母、祖父母、妻子等以相抵。直至隋代而未已。唐後亦然。至民國成立。始行廢除。又北魏初有焚家之制。房門之誅。至後亦悉廢。

上列之表。為虞夏商周以至於隋代為止之刑罰。其中所列。或尚有缺漏。然大體則不殊也。其中有

可注意者數事。古今刑罰。往往有實同而名異者。北魏之補兵。卽漢魏之輸邊。北朝之徒刑。卽南朝之輸作。北朝之流刑。卽南朝之居作。此其一也。漢代之耐刑。乃去其鬢。卽較髡爲減一等。而北齊之耐。則爲徒刑。其字則同。其刑則異。故一入身體刑。一入自由刑。此其二也。補兵之制。始於北魏。蓋卽秦漢輸邊之制。用以補兵卒者。其後更以婦女投入邊地。用配兵卒。亦曰補兵。蓋配於兵士爲妻室也。蓋卽流刑之重者。且仿秦漢隸臣妾之制。凡犯重者。則沒其妻子入官。在南朝則補奚官爲奴婢。在北朝則配禁戶、配驛、配舂、配雜戶。但秦漢之隸臣妾。有一定之年限。且其刑較城旦等爲輕。而此之補奚官、配禁戶、配驛、配雜戶。則終身繫之。永不能與平民爲伍。此其三也。贖與罰金。非同類也。贖者。其刑本爲生命刑或身體刑或自由刑。以金贖之。蓋卽易科罰金之制。而罰金則其罪甚輕。不加以身體刑或自由刑。而僅罰其財產以示薄懲者。罰金之制。自漢始然。初僅用於官吏。後則偏於士庶。至於入官。卽將犯人之家。資沒收入官。爲一種嚴刑。更與贖及罰金不同。此其四也。此外未列於表而更有可注意者二事。一曰質作。自漢魏以下。卽有此制。凡犯人逃亡者。則收其父母祖父母及妻子爲質。使之作工。其與連坐異者。連坐則與犯人同罰。卽不同其刑。而亦加以相當之罰。此則俟犯人獲案後。卽免其罰。其在北齊及北周。則有甄房之制。與質

作相同。但不作苦工。而配爲驛戶或雜戶。且卽犯人獲案。亦不復免。一曰單丁養親。此則肇始於北魏。凡犯死刑或流徙刑者。其父母祖父母年在七十以上。無成人子孫。又旁無周親者。則具狀上奏。施以鞭刑宮刑。留養親終。隋代因之。唯廢去宮刑。夫此二者皆不在表中。然在當時。一則或出於不得已。一則或出於哀矜。然至後世則踵而行之。幾幾成爲鐵案矣。又秦漢而下。崇尚名節。將男女異刑。城旦及鬼薪。爲男子之刑。而舂及白粲。則爲女子之刑。漢初笞制。悉笞其背。後改爲臀。然笞臀則必裸形。魏代因定鞭制。凡女子當笞者。悉改爲鞭。直至二千年後。女子無笞臀者。卽在後代。同一輸作或居作。在男子或爲材官冶士。或爲尙方鎖士。或入左校。而女子則配舂或掖庭織。不與男子相同。且凡婦女犯刑者。得以罰金爲代。更有女子半其罰者。而漢代雇山之制。更爲婦女而設。用示矜恤者。此亦硏究歷代刑罰者所應知之者也。至刑訊之制。如梁代之斷食、測罰。陳代之立測。則非刑罰之正。不屬於刑名。故不列。

第三章　完成時期之法制

第一節　唐初之法制

吾國法制。自虞夏商周而開其端。歷秦漢晉隋而繼其成。故一爲創造時期。一爲因準時期。至唐則

集其大成。上繼往古。下開來者。故可謂之爲完成時期。蓋凡周秦漢晉以及南北朝與隋歷朝之法制。或此詳彼略。或此嚴彼寬。未能一致。至唐而冶之於一爐。參酌於古今之間。不蔓不支。適得其中。故宋元明清四代。皆奉爲圭臬。及於民國。雖時異勢易。而編纂法制者。要亦不能不以唐律爲宗。奉爲至寶。誠爲吾中國法制史上一大新紀元。且其衣鉢。不僅及於國中。卽日本相傳之大寶律。亦取法於此。其律疏頗同唐律疏義。是其流傳之廣遠。大可驚歎。然此亦非一蹴而幾也。已經唐代君臣幾次之修訂。無數之糾葛。而始有此偉大之成績。當唐高祖之入京也。仿漢高之制。與民約法十二條。唯制殺人、刼盜、背軍、叛逆者死。餘並蠲除之。及受禪後。詔裴寂等制五十三格。增入於隋開皇舊律中。蓋是時一以隋開皇律爲依歸。除添設五十三格外。甚少更改。唯流刑各加千里。自二千里以至三千里。但居作悉爲一年。居作者著鉗若校。在京師者。男子隸將作。女子隸少府縫作。旬給假一日。臘寒食各一日。毋出役院。病者釋鉗校給假。疾差倍役。謀反者。其男女奴婢。悉沒爲官奴婢。隸司農。七十者免。凡役。男子入於疏圃。女子入於廚饎。流移人在道疾病。婦人免乳。祖父母父母喪。皆給假。授程糧。非反逆緣坐六歲縱之。特流者三歲縱之。餘悉一仍隋舊。所謂格者。百官有司所常行之事也。在今日言之。實爲一種行政法。而兼官吏懲戒法。太宗卽

位。令長孫無忌等更定律令。寬絞刑五十條爲斷古趾。然帝以肉刑廢已久。不宜復。因令改易。乃改易爲加役流。流三千里。居作三年。是後又隨時頒勅令。其一、令死罪由中書門下四品以上及尙書同議。唐代設官。以中書、門下、尙書三省。爲行政最高機關。刑部則屬於尙書。專司獄訟。部設尙書。而鞫獄降刑。則歸大理寺。依舊例。凡大理寺審斷後。由刑部上奏。准其可否。太宗恐猶有失。故命大理寺審斷後。由刑部會同中書及門下二省更議。蓋亦仿成周時訊羣臣之制。其二、定奴告主斬罪之令。凡奴告其主者。勿論。並斬之。其三、除鞭刑。其四、詔死罪雖令卽決。仍三覆奏。嗣又詔決死囚者。二日中五覆奏。下五州者。三覆奏。蓋亦本周時王三宥然後制刑之制。其外所頒勅格。計高祖及太宗兩世。共有三千餘件。而蜀王府法曹參軍裴弘獻。又駁律令不便者四十餘事。太宗因令有司重制律令。因分律令格式四種。律令者。尊卑貴賤之等數。國家之制度也。凡斷罪者一依律。律無正文者。則行令。格者。百官有司所常行之事。式者。其所常守之法。凡應酬賞功。一依格式。故式無正文者。則舉例以比附之。律爲十二卷。計五百條。與隋開皇律同。於隋代舊律。減大辟入流者。計九十二條。減入徒者。計七十一條。令爲三十卷。計一千五百九十條。格十八卷。計七百條。刪除高祖太宗以來所頒勅格三千餘件。式三十三卷。其刑名一仍隋制。一曰笞。笞之

爲言恥也。凡過之小者。鞭撻以恥之。二曰杖。杖者持也。可持以擊也。三曰徒。徒者。奴也。蓋奴辱之。四曰流。謂不忍殺而宥之於遠方也。五曰死。乃古大辟之刑。又有贖刑之制。並定枷杖等程式。枷長五尺以上。六尺以下。頰長二尺五寸以上。二尺六寸以下。共闊尺四寸以上。尺六寸以下。徑三寸以上。四寸以下。杻長六寸以上。二尺以下。廣三寸。厚一寸。鉗重八兩以上。一斤以下。長一尺以上。一尺五寸以下。廉長八尺以上。丈二尺以下。杖皆削去節目。長三尺五寸。訊囚杖大頭三分二。大頭二分三。常行杖大頭二分七。小頭一分七。笞杖。大頭二分。小頭一分半。其決笞者。以腿受決。決杖者。背腿臀分受。須數相等。栲訊者亦同。笞以下願背腿均受者聽。後又詔凡流者。不限里數。量配邊要之州。蓋仿北齊制也。高宗時長孫無忌等又撰定格式。舊制不便者。皆爲刪改。遂分格爲二。一曰留司格。置諸官府。一曰散頒格。天下所共。其後長孫無忌等又撰律疏三十卷。名曰唐律疏義。頒行天下。此爲解釋律文者。蓋爲一種立法解釋。與晉代張斐之晉律註相同。凡律文中有疑義之處。必註明其意義。其後終高宗之世。又修輯格式二次。頒行天下。唐代律令格式四種法典。以律爲最重。令次之。此二者雖亦隨時損益。然非有大改革。不爲輕易。若格式則幾於每數年必修訂一次。蓋格式皆帝王隨時所發之勑令。或前後互見。或前後矛盾。或宜於昔而不宜

於令。故必數歲一改訂。且格式多屬於行政事務。應因時制宜。與律令之有固定性者不同。此所以又常見改訂也。其後武氏臨朝。又令有司删定格式。加計帳及勾帳式。通舊式成二十卷。又以高祖以來至武氏臨朝前。凡一切詔勅之行於時者。編爲新格二卷。武氏並手製序文。二卷外更有新編六卷。用備行用。名垂拱留司格。垂拱者。武氏革命前臨朝時之年號也。其後又删定垂拱格及武氏革命稱周後一切制勅爲散頒格。皆爲七卷。並删補舊式爲二十卷。共頒行天下。此皆唐初之法制也。唐初法制。計律十二卷。唐律疏義三十卷。令則有古令、新令、大業令、永徽令。格則有貞觀初格、貞觀後格、永徽格、垂拱格。式則有貞觀式、永徽式、垂拱式。然除唐律疏義三十卷外。皆未傳於後。其若令、若格、若式。僅於史乘中得見其篇目及一二殘編斷簡。其內容如何。悉不可得而詳矣。是亦研究唐代法制之一大缺恨焉。

第二節　修訂後之唐律

唐初律令成後。又經修正。睿宗復位。先勅改訂令及格式。名太極格。太極者。睿宗年號也。玄宗時又爲二次修訂。名開元格。開元者。玄宗之年號也。未幾又改訂。名開元後格。然其律猶未修正也。其後則以律亦有急須修正之處。因勅有司詳爲攷核。將舊存之律令格式及勅。一併删訂。計舊有者。總爲七千四

百八十條。其有一千三百四條。認爲於事非要。全部刪除之。隨文損益者。計二千一百五十條。仍舊未改者。計三千九百五十四條。共成律十二卷。疏三十卷。令三十卷。式二十卷。開元新格十卷。又格式律令事類四十卷。以類相從。因於開元二十五年頒行天下。今之所稱唐律者。即屬於是。其外更有六典。爲理典。教典。禮典。政典。刑典。事典。即爲後世會典之所自昉。專以紀述職官及典章制度者。蓋即一代典制之書也。故亦不失爲法典之一。與律令格式相輔而行。唐律之刑名。仍隋之舊。一曰笞。爲最輕刑。仿古代朴作教刑之義。分五等。由十以至五十。如贖者則用銅。由一斤以至五斤。每笞十當銅一斤也。二曰杖。即古代鞭作刑官之義。自六十至百。贖者用銅六斤以至十斤。亦每杖十當銅一斤也。三曰流。分爲三等。由二千里至三千里。其贖者則用銅八十斤至百斤。即每五百里當銅十斤也。最重者則爲死刑。分斬及絞。此二者則不能贖矣。但依法律特別規定。亦有聽贖者。則納銅一百二十斤。又有官當之制。官當之制。本不始於唐。唐亦不過仍昔之舊。五品官以上犯罪者。一官當徒二年。九品以上者。一官當徒一年。其犯公罪者。各加一年。一官當流者。三流同。皆比徒四年。仍各解現任。除名者比徒三年。免官者比徒二年。免所居官者比徒一年。五品官以上官親屬犯罪者。流罪以下。得減一等。九品以上之官親屬犯罪者。流罪以下皆

聽贖。此皆帝王專制時代法律不平等之過。故同一犯罪。在平民則處以刑。而在官吏則可以官相當。以故在上者得橫行無忌。不僅此也。卽其所定之刑罰。亦以身分之高下而有異。同一殺人也。而父殺子與子殺父。絕然相異。夫殺妻與妻殺夫。亦完全不同。然此亦非唐代創之。吾國素以倫常立國。嚴天澤之辨。重上下之分。自虞夏商周以迄有清。歷五千年而未之變。唐代當亦不能獨異。卽以今日刑法言。凡對於尊親屬而有犯罪行爲者。其罪亦較對於平人爲重。不過唐律則太重倫常主義。恢復十惡之條。重行八議之制。十惡之條。始於北齊。而隋煬帝廢之。至唐而復活。八議者。卽成周時八辟之誅。一曰議親。二曰議故。三曰議賢。四曰議能。五曰議功。六曰議貴。七曰議勤。八曰議賓。議親者。凡皇帝袒免服以上之親。皇太后緦麻服以上之親。及皇后小功服以上之親。如有罪者。死罪則先奏請議。議定奏裁。流罪以下。皆減一等。議故者。帝之故舊也。議賢者。有大德行者也。議能者。有大才藝者也。議功者。有大功勳於國家者也。議貴者。謂三品以上之官也。議勤者。有大勤勞於國家者也。議賓者。承先代之後。作賓於王家者也。但犯十惡者。不在議列。蓋完全成周時代之遺制。漢代以下之鐵劵。亦卽由此。卽降至今日。行政首長對於犯罪裁判確定之人。亦得以其爲親、爲故、爲賢、爲能、爲功、爲貴、爲勤、爲賓。而予以特赦。或予以減刑及復權。蓋

一方所以順適人情。一方所以愛惜人才。雖不免有破壞司法獨立之嫌疑。然亦爲政者收拾人心之一道。或者未可遽加以厚非也。所患者在上者或濫用此權借八議之名。以破壞法律之神聖。而身居八議之列者。亦恃此爲護身符。以草菅人民。欺凌孤弱。則法律將失其平。必至法律專以治平民。而不以及官吏。官吏犯法。則屈法以申之。平民有罪。則按法以治之。其影響所及。將至姦宄益深。法律等於具文。所謂急於黎庶。緩於權貴。決非平天下之道。是則不可不爲之注意也。故眞言法治者。除厲行罪刑法定主義及司法獨立外。凡所謂特赦。所謂復權。苟可以破壞司法者。一體蠲除。而唐律之八議。更在屛除之列。如是庶乎有豸。至唐律中之刑罰。皆承前代之舊。專重倫理主義。蓋即所謂義務本位也。古代法制。無間中西。大率取義務本位。偏重於倫常。而唐律則尤著者。其對於倫理主義。實可云登峯造極。圓滿而無遺恨。雖盛行禮治之虞夏商周。恐亦不逮。宋元明繼之。以至於清。即民國時代所頒行之新刑律及民事部分繼續有效之前清暫行刑律。亦多本於唐律。故倫理主義。仍時時露流於字裏行間。表現其爲義務本位。

茲將唐律中重要條文。摘錄一二如下。以見一斑。

謀反及大逆者。皆斬。子年十六以上。皆絞。十五以下、及母、女、妻、妾、(子妻妾亦同)祖、孫、兄、弟、姊、妹、

若部曲、資財、田宅。並沒官。男夫年八十及篤疾。婦人年八十及廢疾者。並免。(餘律應緣坐者推此)伯叔父、母、兄、弟之下。皆流。不限籍之同異。即雖謀反。辭理不能動衆。威力不足率人者。亦皆斬。(謂結謀眞實而不能爲害者。若自述休徵。假託靈異。謬稱兵馬。虛說反由。傳惑衆人。而無眞狀可驗者。自從妖法。)父、子、母、女、妻、妾。流三千里。資財不在沒限。其謀大逆者絞。口陳欲反之言。心無眞實之計。而無狀可尋者。流二千里。謀叛者絞。已上道者。皆絞。(謂非協同謀計。乃坐被驅率者。餘條被驅率准此。)妻妾流二千里。若率部六百人以上。父母妻妾。流三千里。所率雖不滿百人。以故爲害者。以百人以上論。(害。爲有所攻擊擄掠之者。)即亡命山澤。不從追喚者。以謀叛論。其抗拒將吏者。以上道論。

謀殺周親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母者。皆斬。(犯姦而姦人殺其夫。所姦妻妾雖不知情。與同罪。)謀殺緦麻以上尊長者。流二千里。已傷者絞。已殺者皆斬。即尊長謀殺卑幼者。各依故殺減二等。已傷減一等。已殺者依故殺法。部曲奴婢謀殺主者。皆斬。謀殺主之周親及外祖父母者絞。已傷者皆斬。妻妾謀殺故夫之祖父、母、父母者。流二千里。已傷者絞。已殺者皆斬。部曲奴婢謀殺舊主者。亦同。(故夫。謂夫亡改嫁。舊主。謂主放爲良者。餘條故夫舊主准此。)

告祖父母父母者絞。(謂非緣坐之罪及非謀叛以上而故告者。下條准此。)卽嫡母、繼母、慈母、殺其父及所養者殺其本生。並聽告。告周親尊親、外祖父母、夫、夫之祖父母。雖得實。徒二年。其告事重者。減所告罪一等。(所犯雖不合論。告之者猶坐。)卽誣告重者。加所誣罪三等。告大功尊長。各減一等。小功緦麻。減二等。誣告重者。各加所誣罪一等。卽非相容隱。被告者論如律。若告謀反叛逆者。各不坐。其相侵犯自理訴者聽。(下條准此)告緦麻小功卑幼。雖得實。杖八十。大功以上。遞減一等。誣告重者。周親減所誣罪二等。大功減一等。小功以下。以凡人論。卽誣告子、孫、外孫、子孫之婦、妾、及己之妾者。各勿論。

子孫違犯教令及供養有缺者。徒二年。(謂可從而違。堪供而缺者。須祖父母父母乃坐。)

部曲奴婢告主。非謀反叛者。皆絞。(被告者同首法)告主之周親及外祖父母者。流。大功以下親。徒一年。誣告重罪。緦麻加凡人一等。小功遞加一等。卽奴婢訴良。妄稱主壓者。徒二年。部曲減一等。

同居若大功以下親、及外祖父母、外孫、若孫之婦、夫之兄弟、及兄弟妻之罪相爲隱。部曲奴婢爲主隱者。皆勿論。卽漏露其事及摘語消息。亦不坐。其小功以下相隱。減凡人一等。若犯謀叛以上。不用

此律。

居父母喪。生子、及兄弟別籍異財者。徒一年。

放部曲爲良。已給放書而壓爲賤者。徒二年。若壓爲部曲、及放奴婢爲良而壓爲賤者。減一等。各還正之。

同居卑幼私輒用財者。一疋笞十。百疋加一等。罪止杖一百。卽同居應分不平均等。計所侵坐贓論。減三等。

居父母喪而嫁娶者。徒三年。妾減三等。各離之。知而共爲婚姻者。各減五等。不知者。不坐。若居周親喪而嫁娶者。杖一百。卑幼減二等。妾不坐。居父母喪。與應嫁娶人主婚者。杖一百。

謀殺人者。徒三年。已傷者。絞。已殺者。斬。從而加功者。流三千里。造意者。雖不行。仍爲首。（僱人殺者亦同）卽從者不行。減行者一等。（餘條不行者准此）以毒藥藥人及賣者。絞。（謂堪以殺人者。雖毒藥可以療病。買者將與毒人。皆絞。賣者不知情不坐）卽買賣而未用者。流三千里。脯肉有毒。曾經病人。有餘者。速焚之。違者杖九十。若故與人食。並出賣。令人病者。徒一年。以故致死者。絞。卽人自食

後死者。從過失殺人法。（盜而食者不坐）有所憎惡。而造魘魅。及造符書呪詛。欲以殺人者。各以謀殺論減二等。（於周親尊長及外祖父母、夫、夫之祖父母者。各不減）以致死者。各依本殺法。欲病苦人者。又減二等。（卽子孫於祖父母、父母部曲奴婢於主者。各不減）卽於祖父母、父母、及主。直求愛媚而魘呪者。流二千里。若涉乘輿者皆斬。

殘害死屍。（謂焚燒支解之類）及棄屍水中者。各減鬥殺罪一等。（緦麻以上尊長不減）棄而不失、及髡髮若傷者。各又減一等。卽子孫於祖父母、父母。部曲奴婢於主者。各不減。（皆謂意在於惡者）穿地得死人而不更埋。及於墳墓燻狐狸而燒棺槨者。徒二年。燒屍者徒三年。緦麻以上尊長。各遞加一等。年幼。各以凡人遞減一等。若子孫於祖父母、父母。部曲奴婢於主。墳墓上燻狐狸者。徒二年。燒棺槨者。流三千里。燒屍者絞。

強盜。（謂以威若力而取其財。先強後盜。先盜後強者。皆相等。與人藥酒及食使狂亂取財者。亦同。得遺失之物。毆擊財主而不還。及竊盜後覺棄財逃走。財主追捕因相拒捍如此之類。事有因緣者。非強盜）不得財。徒二年。一疋徒三年。二疋加一等。十疋及傷者絞。殺人者斬。（雖傷奴婢亦然。雖非

財主。但因盜殺傷者亦同）其持杖者。雖不得財。流三千里。五疋者絞。傷人者斬。竊盜。不得財。笞五十。一尺杖六十。一疋加一等。五疋徒一年。十疋加一等。五十疋加役流。監臨者。（若相主財物而監守自盜。亦同）加凡盜二等。三十疋絞。（本條亦有加者累加之）盜經斷後。仍更行盜。前後三犯者。流二千里。犯流者絞。（三盜者絞。赦後爲主）其餘親屬相盜者。不用此律。

有事以財行求得枉法者。坐贓論。不得枉法者。減二等。卽同事共與者。首則併贓論。從者依已分法。監臨主守受財而枉法者。一尺杖一百。一疋加一等。十五疋絞。不枉法者。一尺杖九十。一疋加一等。至三十疋加役流。無祿者各減一等。枉法者二十疋絞。不枉法者。四十疋加役流。監臨之官。受所監臨之物。一尺笞四十。一疋加一等。四疋徒一年。八疋加一等。五十疋流二千里。與者減五等。罪止杖一百。乞取者。加一等。强乞取者。准枉法論。官人因使。於使所受送遺及乞取者。與監臨同。經過處取者。減一等。（糾彈之官不減）卽雖乞取者。各與監臨同罪。貸所監臨財物者。坐贓論。（受乞未上亦同。餘條取受及相犯者准此）若百日不還。以受所監臨財物論。强者各加二等。（餘條强者准此）若買賣有剩利者。計利以乞取監臨財物論。强市者。笞五十。有利者。計利准枉法論。卽斷契有數。違負不還。僅

五十日者。以受所監臨財物論。卽借衣服器玩之屬。經三十日不還者。坐贓論。罪止徒一年。監臨之官。私役所監臨。及借奴婢牛馬駝騾驢車船碾磑邸店之類。各計傭賃以受所監臨財物論。卽役使非供己者。（非供己謂流外官及雜任應供官事者。）計傭坐贓論。罪止杖一百。其應供己驅使而收傭者。罪亦如之。（供己求輸傭直者不坐）若有吉凶。供使所監臨者。不得過二十人。不得過五日。其餘親屬。雖過限及受遺乞貸皆勿論。（親屬謂緦麻以上及大功以上婚姻之屬。餘條親屬准此。）營公應借使者。計傭賃坐贓論。減二等。卽因市易賸利及懸欠者。亦如之。監臨之官受猪羊供饋。（謂非坐者）坐贓論。強者依強取監臨財物法。率斂所監臨財物饋送人。雖不入己。以受所監臨財物論。監臨家人。於所部有受乞借貸役使買賣有賸利之屬。各減官人罪三等。官人知情與同罪。不知情者各減家人罪五等。其在官非監臨及家人有犯者。各減監臨家人一等。去官而受舊官屬士庶饋與若乞取借貸之屬。各減在官時三等。（謂家口未離本任所者）因官挾勢及豪強之人乞索者。坐贓論減一等。將送者爲從。（親故相與勿論）監臨主守以官物私自貸若貸之人及貸之者無文記以盜論。（文記謂取抄署之類。）立判案減二等。卽充公廨物若出付市易而私用者。減一等坐之。（雖貸推同餘條

公廨准此。即主守私貸無文記者。依盜法）所貸之人不能備償者。徵判署之官。（各條私借亦准此）坐贓致罪者。一尺笞二十。一疋加一等。十疋徒一年。罪止徒三年。（謂非監臨主守而因事受財者）與者減五等。

於他人地內得宿藏物。隱而不送官者。計合還主之分。坐贓論。減三等。（若得古器形制異而不送官者。罪亦如之）

鬥毆人者。笞四十。（謂以手足擊人者）傷、及以他物毆人者。杖六十。（見血爲傷。非手足。其餘皆爲他物。即兵不用刃亦是）傷、及拔髮方寸以上。杖八十。若血從耳目及內損吐血者。各加二等。鬥毆人折齒、毀缺耳鼻、眇人一目、及折人手足指。（眇謂虧損其目而猶見物。）若破骨、及湯火傷人者。徒一年。折二指二齒以上及髡髮者。徒一年半。鬥毆以兵刃斫射人不着者。杖一百。（兵刃謂弓、箭、刀、矟、矛、欑之屬。即毆罪重者。）若兵刃傷。（謂金鐵無大小之限。堪殺人者。）及折人肋。眇人目。墮人胎。徒二年。（墮胎者、謂辜限內子死者。乃坐。）鬥毆折跌人肢體。及瞎其一目。徒三年。（折跌人肢體者。謂其骨蹉跌失其常處。）辜內平復者。各減二等。（餘條損跌平復准此）損二事以上。及因舊患令

至篤疾、若斷舌、及毀敗人陰陽者。流三千里。鬥毆殺人者絞。以刃故殺人者斬。雖因鬥毆用兵刃殺人者。與故殺同。（謂人以兵刃逼己因用兵刃相殺傷者皆依鬥法。餘條用兵刃准此。）不因鬥故毆傷人者加鬥毆傷人罪一等。雖因鬥但絕時而殺傷者從故殺傷法（謂忿競之後。各已分散。聲不相接。去而復來是名絕時。）

保辜者，手足毆傷人限十日。以他物傷者二十日。以刃傷者三十日。折跌肢體及破骨者五十日。（毆傷不相須。餘毆傷及殺傷各准此。）限內死者各依殺人論。其在限外、及雖限內以他故死者。各依本毆傷法。（以他故。謂別增餘患而死者。）

同謀共毆傷人者。各以下手重者為重罪。原謀者一等。從者又減一等。若先下手重者。餘各減二等。至死者。隨所因為重罪。其不同謀者。各依所毆傷殺。其事不可分者。以後下手為重罪。若亂毆傷不知先後輕重者。以謀首及初鬥者為重罪。餘各減二等。

毆制使及本屬府主、刺史、縣令。及吏卒毆本部官長。徒三年。傷者流二千里。折傷者絞。（折傷。謂折齒以上。）若毆六品以下官長。各減二等。傷重者。加凡鬥傷一等。死者斬。詈者各減毆詈三等。（須

親自鬭之乃成罪。）即毆佐貳者徒一年。傷重者加凡鬭傷一等。死者斬。

造妖言及妖書者絞。（造謂自造休咎及鬼神之言。妄說吉凶涉於不順。）傳用以惑人者。亦如之。（傳謂傳言用謂用書。）其不滿衆者流三千里。言理無害者杖一百。即私有妖書雖不用徒三年。言理無害者杖六十。

夜無故入人家內者笞四十。主人登時格殺之。勿論。若知非侵犯而殺人者。減鬭殺傷二等。其就拘執而殺傷者。以鬭殺傷論。至死者加役流。

盜官文書印者徒二年。餘印。杖一百。（謂貪利之而非行用者。餘印。謂印物及畜產者。）

無官犯罪。有官事發。流罪以下以贖論。（謂從流外及庶人而任流內者。不以官當除免。十惡及五流者。不用此律。）卑官犯罪。遷官事發。在官犯罪。去官事發。或事發去官。犯公罪流以下。各勿論。餘罪論如律。有官犯罪。無官事發。有蔭犯罪。無蔭事發。無蔭犯罪。有蔭事發。並從官蔭之法。犯私罪以官當徒者。（私罪謂私自犯及對制詐不以實及受賕枉法之類。）五品以上。一官當徒二年。九品以上。一官當徒一年。若犯公罪。（公罪謂緣公事致罪而無私曲者。）各加一年當。以官當流者。三流同比

徒四年。其有二官。（謂職事官、散官、衛官。同爲一官。勳官爲一官。）先以高者當。（若去官未敍。准此例。）次以勳官當。行守者。各以本品當。仍各解見任。若有餘罪及更犯者。聽以歷任之官當。（歷任謂降所不至者。）其依內官而任流外職。犯罪以流內官當及贖徒一年者。各解流外任。

流配人在道。赦。計行程過限者。不得以赦原。（謂從上道日總計行程有違者。）有故者。不用此律。若程內逃亡。亦不在免限。即逃者身死。所隨家口。仍准上法聽還。

年七十以上。十五以下。及廢疾。犯流罪以下。收贖。（犯加役流、反逆緣坐流、及會赦猶流者。不用此律。至配所。免居作。）八十以上。十歲以下。及篤疾。犯反逆殺人應死者。上請。盜及傷人者。亦收贖。（有官爵者。各從官當除免死。）餘皆勿論。九十以上。七歲以下。雖有死罪。不加刑。（緣坐應配沒者。不用此律。）即有人教令。罪其教令者。若有贓應備。受贓者備之。犯罪時雖未老疾。而事發後老疾者。依老疾論。若在徒年限內老疾者。亦如之。犯罪時幼小。事發時長大。依幼小論。

以贓入罪。正贓見在者。還官主。（轉易得他物。及生產蕃育。皆爲見在。）已費用者。死及配流。勿徵。（別犯流及身死者同。）餘皆徵之。（盜者倍備。）若計傭賃爲贓物。勿徵。市贓者。皆據犯處當時

物價。及上絹估平功傭者。計人日爲絹三疋。牛馬駝騾車亦同。船及碾磑邸店之類。亦依犯時價值。傭賃雖多。各不得過其本價。

犯罪未發而自首者。原其罪。（正贓猶徵罪法）其輕罪雖發。因首重罪者。免其重罪。即因問所劾之罪。而別言餘罪者。亦如之。即遣人代首。若於法得相容隱者、爲首及相告言者。各聽如罪人身自首法。（緣坐之罪及謀叛以上。本服周親雖捕告俱同自首法。）其聞首告被追不赴者。不得原罪。（謂止坐不赴者身）即自首不實及不盡者。以不實不盡之罪罪之。至死者。聽減一等。（自首贓數不盡者。止計不盡之贓科之。）其知人欲告及亡叛而自首者。減罪二等坐之。即亡叛者雖不自首。能還歸本所者。亦同。其於人損傷。（因犯殺傷而自首者。得免所因之罪。仍從故殺傷法。本應過失者。聽從本法。）於物不可備償。（本物見在首者。聽同免法。）即事發逃亡。（雖不得首所犯之罪。俱減逃亡之坐。）若越度關及姦。（私度亦同。姦謂犯良人。）幷私習天文者。並不在自首之例。

共犯罪者。以造意爲首。隨從者減一等。若家人共犯。止坐尊長。（於法不坐者。歸罪於其次尊長。爲男夫。）侵損於人者。以凡人首從論。即共監臨主守爲犯。雖造意者。仍以監守爲首。凡人以常從論。

二罪以上俱發。以重者論。（謂非應累者。唯重條，不累輕以加重。若重罪應贖。輕罪應居作官當者。以居作當官爲重）等者從一。若一罪先發已經論決，餘罪後發。其輕若等勿論。重者更論之。通計前罪。以充後數。即以贓致罪。頻累者以累科。若罪法不等者。以重贓併滿輕贓。各倍論。（累謂上累見發之贓。倍謂二尺爲一尺。不等謂以强盜枉法等贓併從竊盜受所監臨之類。即監臨主守因事受財，而同事共與。若一事類受及於所監守頻犯者。累而不倍）其一事分爲罪二。罪法若等。則累論。罪法不等。則以重法併滿輕法。（罪法等者。謂若買易官物，計其等准盜論。計其利以盜論之類。罪法不等者。謂若詐請官器仗。以亡失併從毀傷。以考核不實併從失實之類）累併不加重者。止從重論。其應除免倍沒備償罪止者。各盡本法，

脫戶者。家長徒三年。無課役者。減二等。女戶又減三等。（謂戶俱不附貫。若不由家脫戶及計口多者。從漏口法，罪其所長。即見在使任者。雖不由家脫戶及計口多者。仍依常律）脫口及增減年狀（謂老疾中小之類）以免課役一口徒一年。二口加一等。亦止徒三年。其增減等非免課役及漏無課役口者。四口爲一日。罪止徒一年。畢即不滿四口，杖六十。（部曲奴婢亦同）

祖父母父母在。子孫別籍異財者徒三年。（別籍異財不相須。下條准此。）若祖父母父母令別籍及以子孫妄繼人後者徒二年。子孫不坐。

擅發兵。十人以上徒一年。百人徒一年半。二百人加一等。千人絞。（謂無警急。又不先言上而輒發兵者。雖即言上而不待報。猶爲擅發。文書未行即不坐。）給與者隨所給人數。減擅發一等。（亦謂不先言上待報者。告令發遣即坐。）其寇賊卒來。欲有攻襲。即城屯反叛。若賊有內應。急須兵者。得便調發。雖有所屬比部官司。亦得調發給與。各即言上。（謂急須兵。不容得先言上。）若不即調發及不即給與者。准所須人數。與擅發罪同。其不即言上者。亦准擅發人數減罪一等。若有逃亡盜賊。權差人夫。足以追捕者。不用此律。

主將守城。爲賊所攻。不固守而棄去。及守備不設。爲賊所掩覆者。斬。若連接寇賊。被遣斥罷。不覺賊來者。徒三年。以故致有覆敗。亦斬。主將以下臨陣先退。若寇賊對陣。捨仗投軍。及棄賊來降。而輒殺者。斬。即違犯軍令。軍還以後。在律有條者。以律斷。無條者勿論。

私有禁兵器者。徒一年半。（謂非弓箭者。刀盾短矛。）弩一張。加二等。甲一領及弩三張。流二千

罪。甲三領弩五張。絞。私造者。各加一等。（甲、謂皮鐵等。具裝與甲同。卽得闌遺。過三十日不送官者。同私有法。）造未成者。減二等。卽科有弩甲。非全成者杖一百。餘非全成者、勿論。

告人罪、非叛以上者。皆令三審、應受辭牒官司並具曉示並得叛坐之情。每審皆別日受辭。（若使人在路。不得留待別日受辭者。聽當日三審。）官人於審後判記審訖。然後付司、若事有切害者。不在此例。（切害謂殺人、盜賊、逃亡、與強姦良人、及更有急速之類。）不解書者。典爲書之前人合禁告人亦禁。辯定放之。卽鄰伍告者。有死罪流。告人散禁。流以上。責保參對。誣告人者。各反坐。卽糾彈之官。挾私彈事不實。亦如之。（反坐致罪。准前人入罪法。至死而前人未決者。聽減一等。其本應加杖及贖者。止依杖贖法。誣告發人及有蔭者。依常律。）若告二事以上。重事實。及數罪等。但一事實。除其罪。重事虛。反其所贖。卽罪至所止者。所誣雖多。不反坐。其告二人以上。雖實者多。猶以虛者反坐。（謂告二人以上。但一人不實。罪雖輕。反其坐。）若上表告人。已經聞奏。事有不實。反坐罪輕者。從上書詐不實論。誣告本屬府主、刺史、縣令者。加所誣罪二等。投匿名書告人者。流二千里。（謂匿姓名及假人姓名以避已告者。棄置懸之俱是。）得見者皆卽焚之。若將送官司者。徒一年。官司受而爲理者。加二等。被

告者不坐。輒上聞者。徒三年。以赦前事相告者。以其罪罪之。官司受而爲理者。以故入人罪論。至死者。各加役流。若事須追究者。不用此律。（追究謂婚姻、良賤、赦限外蔽匿、應改正、徵收及追見贓之類。）被囚禁。不得告舉他事。其獄官酷己者聽之。卽年八十以上。十歲以下。及篤疾者。聽告謀反、叛逆、子孫不孝、及同居之內爲人侵犯者。餘並不得告。官司受而爲理者。各減所理罪三等。

第三節　唐律之精神

以上所舉。爲唐律之一斑。雖非全豹。亦足窺見其意旨之所在矣。其中有泰半屬於刑法。然亦有屬於軍法者。有屬於訴訟法者。有屬於行政法者。蓋在古代。凡其事苟加以刑罰者。統謂之曰法。無所謂刑法、訴訟法、軍法、行政法之區別也。最可注意者。則爲偏重倫理。故階級之制甚嚴。明尊卑。辨上下。約舉數端。卽可概見。其一重叛逆之罪也。叛逆。乃對於君主而有革命行爲者。此於君主爲大不利。故爲維持君主之尊嚴計。不得不嚴其刑。而喪師失地。反在其次。以是喪師守地。罪不過斬。而謀反及大逆。除本身處斬刑外。子年十六以上者皆絞。十五以下及母女妻妾祖孫兄弟姊妹等並沒官。甚至異籍之伯叔父母兄弟之子。亦須流二千里。是可見也。雖然此亦不僅唐律爲然。凡在專制君主時代。靡不如是。其二重不

孝之罪也。凡人子對於父母。或孫對於祖父母。苟有不孝行為者。其屬於積極方面。如殺傷、毆打、呪罵、告訐等。固處以嚴刑。即無關於犯罪行為。如居喪嫁娶。居喪生子。父母在而兄弟別籍異財。亦分別處以徒刑。或一年。或三年。且不在八議之列。雖王親國戚。亦一體治罪。此蓋本於儒家以孝治天下之說。認不孝為大罪極惡。故與近代之法。絕對相異。其三重貪汚之罪也。凡官吏有受人民或屬下賄賂者。罪固不赦。即向人民或屬下乞貸或借用奴婢牛馬者。亦以坐贓論。即受人民或屬下猪羊供饋。亦以坐贓論。甚至其家人有受乞借貸役使以及買賣者。亦須治以相當之刑。蓋其嚴懲貪汚。實較任何代為重。原來國家之敗。由於官邪。為澄清官方計。不得不嚴為之防。雖一尺之微。亦必治以罪責。如是庶官吏與人民。皆不敢罔上以行私。而收廉潔政府之效。此皆唐律之精神。而為後世宋元明清所取法者也。其內容是否的當。在今日視之。固多可以訾議之處。而在唐時。則固上下認為極善至當者也。此亦可以覘先民之倫理思想。與夫古代之風俗習尚矣。法律之為物。只可順適社會。不能變更社會創造社會。法律既如是。其規定。則其時社會之情況。即不難於此中求之。故唐律之精神在是。而唐代之民情習尚。亦在是。其外唐律中所規定。而為後世取法。且深合於現代之法制者。又有數端。其一刑事責任與刑之減免。刑事責任本

分爲二。一爲責任能力。一爲責任條件。責任能力。即指犯罪之能力。如未滿十三歲者。心神喪失者。已過八十歲者。皆屬於此。而責任條件。則爲故意或過失。大概其能力薄弱者。雖有罪得以減免。而過失與故意。亦有重大之區別。此在今日各國刑法上。固皆有極詳明之規定。然在吾國古代。即已宥過無大刑故無小。曾注意於責任條件。而周官所載。則對於耄老幼弱。亦有有罪不加刑之記載。是責任能力之學說。亦已發展。是可見吾國古先民之法律學。已深造精詣。爲全世界開化最早者。迨至唐代。更爲注意。凡年七十以上。十五以下。及廢疾者。犯流罪以下收贖。八十以上。十歲以下。及篤疾者。犯反逆殺人應死者上請。盜及傷人亦收贖。餘皆勿論。九十以上。七歲以下。雖有死罪不加刑。是即確定刑事責任及刑之減免者。其（一）自首減免。凡犯有罪惡。其能自首者。一律原其罪或減或免。大概犯未發覺而自首者。原其罪。其知人欲告而自首者。減二等。是即確定犯罪人自首減免者。其三、規定共犯罪。其四、規定併合論罪。其五、規定累犯。凡共同犯罪者。以造意爲首。隨從者減一等。是即分別教唆犯與從犯之不同。共同毆傷人者。以下手重者爲重罪。是即分別主犯與從犯之相異。而同一下手。更分別先下手後下手。若者以先下手爲重。若者以後下手爲重。則又爲準正犯與準從犯之別。二罪以上俱發。以重者論。累併不加重者。止從

重論。是即從一重處斷之規定。一罪先發。已經論決。餘罪後發。重者更論之。是即累犯加重之規定。通計前罪。以充後數。是即併合論罪之限制執行期限。一事分爲二罪。罪法若等。則以累論。罪法不等。則以重法併滿輕法。是即犯罪競合之規定。此皆對於共犯、併合論罪、及累犯之規定也。雖其所規定者。與現日各國刑法上之規定。不甚脗合。不免有過輕過重之弊。然在千餘年前。已有此詳密之規定。不可不謂爲吾國法制史上一大光榮之事。其六、定損害賠償之制。凡以贓致罪者。除依法科決外。更適用賠償之制。甚者倍其數以還事主。不僅以科罪爲止。此即刑事案件附帶民事訴訟之權輿。可使被其侵害者。得受有相當之損害賠償。此雖只限於以贓致罪。而不及於其他之侵權行爲。然較諸古法。已可謂爲一大進化矣。其七、規定因傷致死之因果關係。今日言法律者。對於因果關係。尙人各一說。嘵嘵爭辯。莫衷一是。故立法者及解釋法律者。皆有周旋不可之勢。而在唐律中。則已爲之一一規定。詳論因傷致死之因果關係。後世之保辜期限。悉沿用唐律而未改。即在民國。雖將保辜期限廢除。而暫行新刑律中。仍有傷重三十日以上爲廢疾之規定。是猶受唐律之影響。其八、規定犯罪時期。犯罪人於犯罪而後。未必即行發覺。甚有遲至數年後始行發覺者。而犯罪時之犯罪人與發覺時之犯罪人。或因或種事故而已異其身

分。於是究以犯罪行爲時之身分爲準、抑以犯罪發覺時之身分爲準。不免發生疑義。唐律中因亦爲之規定。以示準繩。凡此者皆爲後世之所取法。亦可以見唐律之精神。不愧以完成時期稱之也。此外又有二事可注意者。第一古代之所謂金作贖刑。乃指犯輕微罪而言。若犯罪稍重者。即不在贖之列。至周穆王時。乃五刑皆得以罰鍰相抵。此實大反古代金作贖刑之制。然據呂刑以觀。凡犯五刑者。亦非悉得以罰鍰相抵也。必其罪在可疑者。而後始得爲之。故必曰疑赦。所謂墨辟疑赦。劓辟疑赦。剕辟疑赦。宮辟疑赦。大辟疑赦。即由於是。而其結論更明白言之。五刑弗簡。正於五罰。是周穆王之所謂罰百鍰罰千鍰者。乃爲一種罰金之制。而非易科之制。與贖罪異其性質。至漢代則大開贖刑之門。雖死罪亦得贖。降至於隋而未有改。唐代對於贖刑。則加以限制甚嚴。凡犯流罪以下者始得贖。然五流猶在不許贖之列。所謂五流者。其一爲加役流。加役流舊本爲死刑。初改斷右趾。後又以其爲肉刑而再改爲加役流。較死刑爲經一等。唐律凡流者。不問遠近。皆役一年。此加役流。則須役三年。即較尋常之流。加重其役。故曰加役流。其二爲反逆緣坐流。即親屬中之謀反叛逆者。依法應爲之連坐。而其刑則爲流刑。故曰反逆緣坐流。言其流由反逆而緣坐也。其三爲子孫犯過失殺流。即其所犯之流。非爲子孫過失殺。所謂子孫犯過失殺

者。即子孫以過失而殺害其尊親屬也。其四爲不孝流。即犯不孝之罪而致流刑是也。所謂不孝者。即十惡中之所謂不孝。如聞父母喪匿不舉哀。咒詛祖父母父母。皆屬於是。其五爲會赦猶流。本犯死刑。因赦而減爲流是也。如造畜蠱毒人殺害小功尊親屬。以及謀反大逆。或殺死一家人數口等。皆屬於是。不僅此也。即在流刑以下。亦有不許贖者。其一、於期親以上尊長、外祖父母、夫、及夫之祖父母犯過失殺或傷應處以徒刑者。其二、故毆人至廢疾應徒者。其三、男夫犯姦盜及婦人犯姦應徒者。此亦在不許贖之列。雖唐律贖刑中。有死刑贖銅一百二十斤之規定。一似對於死刑。亦在可贖之列。然此所謂死刑可贖者。必其所犯之刑。雖爲死刑。而按其情迹。則在矜疑之列。並非犯十惡等之罪。於是宥其一死。特許其贖。是眞合於呂刑大辟疑赦。其罰千鍰。非如漢魏等之漫無限制也。是可見唐代之對於贖刑。限制甚嚴。而亦唐律之精神所繫也。第二、秦漢而下。帝王專制之勢益嚴。無所謂法。無所謂制。皆以帝王一人操之。故名雖法治。而實爲人治。唐代當亦不能免此。然唐律中所列之請章。則非每案須上請者也。必合於法律上規定所應請者。而後請之。所謂請者。條其所犯及應請之狀。正其刑名。別行奏請施行也。其限制甚嚴。其一爲必須死刑。苟在流刑以下者。即無須請。其二爲必須合於法律上所規定應請之人。即所謂八議之

人是也。其三為必須先定其刑名。即按其所犯之罪。依律應處以或斬或絞之刑是也。三者具備。而後得請。否則在地方者。則由司法官審理判決後。無須奏請。即詳其案牘。上達尚書省。如尚書省認為無誤者。則奏報執行。如尚書省認為可疑者。則交大理寺覆核。甚者由尚書中書門下三省會同御史臺核議。核議後奏請施行。其在中央者。則由大理寺鞫核。蓋所以示審慎而免專斷。故帝王欲以一時之喜怒愛憎而加減其刑者。尚少概見。大概宥減尚可。如本定死刑者。減為流徒。或竟特予赦免。若帝王欲於法外而加其刑。則絕無僅有者。且在流刑以下。亦不必由尚書省奏報。苟於法無誤。於案牘無可疑者。即可由尚書省核准執行。故帝王只可矜其情於法中。不能誅其罪於事外。而在司法官方面。凡遇徒刑以上。則必詳其案牘。上達尚書省。聽其覆核。亦不能由其專斷。因此與漢魏晉南北朝及隋之上則專以帝王喜怒愛憎為準。下則專憑司法官意旨為衡者。不可同日而語矣。此種制度。亦相沿至清季。未曾廢除。即在今日民國。司法雖號稱獨立。然刑法上亦規定死刑非經司法部覆准。不得執行。蓋亦仍唐律之衣缽。而司法部遇有可疑者。更得發交最高法院首席檢察官提起非常上訴。以資救濟。此即唐代發交大理寺覆核之制。而有時司法部且得呈報國民政府。予以特赦、減刑、或復權。以宥其情於法中。正如唐代奏請減

免之例。故唐律之在今日。尚有不少仍存在未替者。是亦足以見唐律之精神所在也。近人董康氏著有科學之唐律一書。對於唐律。言之綦詳。是可見唐律之價值。垂千餘年而仍光焰萬丈也。故至今言吾國法制者。不能不推唐代爲法制之完成時期。對於唐律。備致贊美。良非偶然也。

第四節 唐律疏義

唐律之獲有如許價值。其本身固善。而唐律疏義一書。實居其首。使無此一書。則唐律之是否獲有此無上光榮。尚不可必。唐律疏義。爲長孫無忌等所撰。蓋奉太宗之命。仿張斐晉律疏而著者也。不過張斐之疏晉律。爲一種私人解釋。而長孫無忌之唐律疏義。則奉勅所撰。爲一種有權解釋。蓋唐太宗因司法官審斷獄訟。往往誤引法文。應重者輕之。應輕者重之。故詔長孫無忌等撰著此書。將律文一一解釋。使之豁然了解。正如今日刑法之第二章文例。不過文例則附於刑法之中。而此則獨立於刑法之外。然皆有絕對之拘束力。蓋律文貴簡。然過簡則易於不明。卽以十惡及八議言。律文中僅舉其名目。而其界說如何。則固有待於解釋。使無統一之解釋。則此亦一是非。彼亦一是非。必致見仁見智。發生爭端。而有此疏義一書。則自然明了。無復畸輕畸重之弊矣。晉張斐撰晉律疏。而杜預則著有晉律註釋。雙方對於

律文。不免有解釋歧異之處。張斐或解釋如是。而杜預又或解釋如彼。因是司法官即有莫衷一是之感。其不肖者更得藉是以上下其手。臨時爲姦。南朝齊武帝有見及此。故曾令刪定郎王植之集註張杜舊律。合爲一書。取其同。擇其異。惜文未及頒。而梁受齊禪。遂歸殄滅。因是唐太宗特詔長孫無忌等撰此專書。以期畫一。蓋使無人解釋。則法意不彰。而解釋者多。則又歧異百出。故必有統一之解釋。以整齊之。闡明之今日各國。皆以一國之最高法院爲統一解釋法令之機關。即吾國亦然。司法院有統一解釋法令之權。蓋誠非此不可也。唐律疏義。即爲統一解釋法令之專著。且即命立法者自行爲之。故能泛應曲當。絲毫不失其原意。而至今言唐律者。亦津津樂道之。凡法文上一切術語。苟採自唐律者。無不依其疏義以爲解釋。故唐律之光榮。其得自疏義者。實居其泰半。平心言之。在唐以前。其關於法制上著作之不可磨滅。爲後人所奉爲圭臬者。則有三種。其一爲周官。其二爲呂刑。其三爲李悝之法經。周官本非刑書。然其記述官制甚詳。因之後世審判制度。多取爲法則。而三宥三赦之制。更垂於今而未廢。即後世之所謂八議者。亦取法於周官之所謂八辟。周代以上之典章制度。經秦火後已蕩焉無存。即周代之典章制度。亦無可見。蓋當春秋之時。孔子即言夏禮吾能言之。杞不足徵焉。殷禮吾能言之。宋不足徵焉。文獻不足

故也。而降至戰國。則併周代之一切制度而漸見澌滅。孟軻所謂諸侯惡其害己也。而皆去其籍。一至始皇焚燒而後。更掃滅無餘。而此周官一書。獨發見於漢代。且其所記者猶極詳備。故凡謳歌三代之盛者。其設官分職。莫不取材於是。司法制度。當然亦其一也。故周官一書之影響於後世者。實非淺鮮。而後世唐宋元明清之會典。亦卽仿周官而成。至言呂刑。亦非刑書。爲周穆王改訂律令時所告誡呂侯者。然既爲改訂律令而發。則其對於律令。當必有至深切之關係。而其所言之五刑五罰。遂爲後世所宗。五刑之說。本見虞書。然何謂五刑。則書闕不詳。至呂刑而始言之。於是古代之刑名。始藉此而知其大概。而其刑罰之條文。雖未得於呂刑中畢見。然其數則固又於呂刑中言之。所謂墨罰之屬千。劓罰之屬千。剕罰之屬五百。宮罰之屬三百。大辟之屬二百是也。漢魏之時。凡言法制者。多以呂刑爲言。主定罪三千以符古制。此實呂刑一書之影響。李悝之法經。本爲私人學說。然其所撰六法。實爲蕭何定漢律之所本。蓋古代法制。經秦火而後。無復存者。李悝之六法。在當時實爲法制之最完備者。若者爲犯罪行爲。若者爲非犯罪行爲。犯何罪者。應處以何刑。犯何法者。應處以何罰。綱舉目張。有倫有要。在他書中實無其匹。因之蕭何卽本之以定漢律。蓋舍此而外。實亦無他書可供採用。沿至於今。仍受其支配。此固李悝之所不及料。

而在法制史上實永永不可磨滅者也。故唐以前歷朝之法制。皆不出周官呂刑及李悝法經之藩籬。可云全部受此周官呂刑及李悝法經之支配。至唐代則集三者之大成。而有唐律疏義出焉。世界愈進化。則人事愈煩雜。人事愈煩雜。則作姦犯科之事亦愈多。作姦犯科之事愈多。則法制亦愈密。蓋非此不足以應用也。吾國文化。在周漢時固已燦然大備。然物質文明。則至唐而始完備。承周漢晉之後。幷五胡南北朝之餘。禮樂文物人情風俗。以至經濟生活。無一不較前爲進化。爲完備。而於是法制亦不得不隨之而進化而完備。故唐律實爲吾國承前啓後之大法典。而此唐律疏義一書。更不失爲一種空前之大著作。至今解釋法制者。尙不得不奉之以爲瓌寶。卽東鄰日本亦多取資於是。其效力。其價値。實可想而知。此凡言吾國法制者。於此不可不特別加之意也。

第五節　唐律之刑名

唐律之刑名。固已如前所述矣。亦分五等。蓋卽本於虞書之五刑。夫虞夏而降。歷朝法定刑名。大率不外五等。然自秦而下。每等之中。又復分析。不復如古代之簡。甚至同一死刑也。而有轘、裂、梟首、斬、絞、以及腰斬等種種。至五刑之外。更有從刑。從刑者。卽其罪不至於罹五刑。而又不得不加以相當之懲創。於

是斟酌其中。而有從刑之設。從刑有四。曰鞭朴流贖。此四者。亦見於虞書。至周代而更釐定之。合之主刑五者。是曰九刑。左傳所謂周作九刑者。卽屬於是。夫此從刑。本較主刑爲輕。然自漢文以鞭杖代肉刑後。則鞭杖亦立於主刑。且以鞭數過多之故。往往有鞭未及數而被鞭者已斃。故是時犯罪人之死於死刑者。不過十之三四。而無辜死於鞭杖下者。則幾幾有十之六七。故東漢而後。頗有多人議復肉刑。於肉體雖殘酷。尚不過戕其肢體。不至於奪其生命。而鞭杖則竟奪其生命。所謂重肢體而輕生命。洵非無見。然肉刑卒不可復。於是在上者努力設法。定其程式。限以數目。務使受鞭杖者不至於失其生命。試觀漢魏晉以迄隋代。對此何莫不斤斤注意。至唐代則已經前朝幾度之改革。於此不生問題。然唐太宗覽明堂針灸圖。後見人之五臟皆近於背。因謂箠者五刑之輕。死者人之所重。安得犯至輕之刑而或至死。乃諭廢除鞭刑。故唐律中之五刑。只爲死流徒杖笞五種。蓋已合周之九刑而爲五刑。且將昔之所謂從刑者。亦改而爲主刑。至贖刑則存列於五刑之外。而爲一種易科之制。是實較前代之五刑爲寬多多矣。且又整齊畫一。每刑等級多者不過五。若死刑則悉去前代轘、裂、梟首、腰斬等之制。而只存斬刑及絞刑二者。是其已進於文明。實可見矣。茲將唐律上所定刑名列表錄下。

一　主刑

生命刑——死刑……斬　絞

自由刑
- 流刑……二千里　二千五百里　三千里（流刑役一年又有加役流則役三年）
- 徒刑……一年　一年半　二年　二年半　三年

身體刑
- 杖刑……六十　七十　八十　九十　一百（杖者決其背及臀及腿須數相等）
- 笞刑……十　二十　三十　四十　五十（笞者決其腿願背腿均受者聽）

財產刑——贖（贖本爲易科之一種並非罰金性質然在唐律則往往規定某某者得以贖論是又含有罰金之性質矣）

權利刑——官當（以官當罰等於後世之褫奪公權但褫奪公權則爲從刑而此官當則爲易科之一種）

二　從刑

財產刑——入官（以財產入官等於後世之沒收）

試觀上表。則知唐之刑名。已大革秦漢魏晉及南北朝之舊。漸見整齊畫一。而許多殘酷之刑。則不

復見此誠刑罰上之大進化也。但於此又有注意者。唐代所謂杖。不盡如律所載。於尋常之杖外。更有重杖及痛杖二者。重杖則往往杖至死。卽後世之所謂杖斃。其數至少一百。至德宗時更下勅代死刑。痛杖者。則杖而不至死。其數亦滿百。其外更有總稱一頓杖而不爲之分別重杖或痛杖者。則或爲重杖或爲痛杖。皆無不可。故凡一頓杖者。罰之人卽得以輕重其手。欲活則活之。欲斃則斃之。因緣爲市。生死操於其手。然肅宗末年。曾勅凡與一頓杖或重杖一頓或痛杖一頓者。皆不至死。其數不得過六十。因是凡一頓杖皆可免於死。但至德宗時。則又以重杖代死刑矣。又唐初法制。仿北齊北周之例。對於死罪。悉於執行死刑之前。加先決杖。或一百。或六十。幾同於秦代之具五刑。後至德宗時而亦廢除之。凡執行死刑者。不先決杖矣。又今日刑法規定。凡判決確定前羈押之日數。得以二日抵有期徒刑或拘役一日。或以一日抵罰金一元至三元。唐律中雖無此制之規定。然在宣宗時。亦有抵折之制。凡脊杖一下。可抵折法杖十下。臀杖一下。可抵折笞杖五下。脊杖者。杖背之杖也。法杖者。尋常之杖也。杖本杖背臀及腿。而不專以杖背。例如杖六十者。依法杖則背臀腿各受二十。脊杖者專杖背六十。而不以臀及腿分受也。凡脊杖一下。抵折法杖十下。臀杖者。以杖杖臀也。笞杖者。以笞杖其腿也。凡不用笞杖而用杖者。則以一下抵折五

下。笞杖本以竹爲之。大頭二分。小頭一分半。腿部受決較杖爲輕。蓋爲杖以下之刑。而杖者。則決背臀及腿。以生荆爲之。大頭二分七。小頭一分七。宣宗之下是詔。蓋以當時行刑者上下其手。南面者濫用其刑。本用法杖者。則專以杖其背。本用笞杖以笞其腿者。則用杖以杖之。在外觀固相去甚微。且有不及察知者。而一按實際。則輕重懸殊。蓋同一杖也。而或用脊杖。或用法杖。同一杖腿也。而或用杖。或用笞。故下是詔勅。則吏無逾判。法守常規。蓋亦補弊之一端也。然亦可見身體刑之易於作弊。而受者之痛苦深也。清代方苞氏著獄中雜記。謂行刑之吏。其輕重皆以犯人賄賂之有無多寡區別之。同逮以木訊者三人。一人予二十金。骨微傷。病間月。一人倍之。傷膚。兼旬愈。一人六倍。即夕行步如常。是可見胥吏之因緣爲姦。今觀唐宣宗之下是抵折之詔。則可知距今斯今在唐代而已然矣。

第六節　唐代之審判制度

吾國古代。凡操司法之權者。則爲士師。在虞夏商周。則以世守其官之故。世世沿襲。而士師遂亦爲行政外之獨立司法官。如周官所載。則司寇、司市、胥師、士師、司刑、掌囚、掌戮、禁暴氏、禁殺戮等。皆爲司法之官。秦漢而降。則變封建而爲郡縣。且廢世官之制。於是司法不得獨立。而司法官且以行政官充之。其

最高者。則爲廷尉。司天下之獄訟。其下則爲地方行政官吏。由縣令而郡守。計爲三級。而民事則專由地方官治之。不及於廷尉。廷尉爲純粹之司法官。但無獨立之保障。且卽以行政官充之。至縣令與郡守。更純然爲地方行政官吏。至於唐代。當亦不能外是。司法與行政不分。凡一切司法事務。皆以行政官理之。雖中央亦有專治司法之官吏。只與司法。不與行政。如大理寺卽爲其一。然既無獨立之保障。又以行政官充任。今日爲行政官。明日卽可任司法官。後日又可調任行政官。蓋根本上無行政與司法之區別。故行政官卽爲司法官。司法官亦卽爲行政官。且如尙書省之刑部。明明爲行政衙門。如今日之司法行政官。在理只可預聞司法上之行政事務。不能干涉審判。然據唐代法制。刑部則於掌理司法行政事務外。更有覆按大理寺及天下各州奏讞之權。凡各省徒刑以上。判決後悉須交由刑部覆核。而遇有疑似之案。更可自出主張奏請裁示。或駁斥下級司法官之判決令其覆審。是又明明侵犯審判之權。且唐代遇有大獄。凡由帝發交訊問者。不僅刑書尙書有審問之權。更須會同監察御史及大理寺卿並訊。大理寺本爲最高法院。當然有審判之權。而刑部尙書及監察御史則何爲者。是更與司法獨立之旨。大相剌謬。今日刑法規定。雖死刑亦須經司法部覆准。然此僅限於死刑。且亦不過爲一種執行上之程序。而非如

唐代之覆核。刑部有准駁之權。凡咨報到部。卽由部覆准。卽發見法律上或事實上有錯誤者。亦只可根據刑事訴訟法規定。交由最高法院首席檢察官提起非常上訴。不能由司法部自行駁斥。但遇有特赦減免或復權之理由者。司法部仍可呈請國民政府行之。然此爲法律外之救濟。並非干涉審判。等於唐代之奏請。故唐代審判制度。較諸漢魏晉隋無甚歧異。茲爲明瞭起見。更爲之列表如下。

刑事審判制度

- 皇帝
  - 大理寺 — 京師法曹參軍事
  - 刑部 — 州刺史（司法參軍事）—— 縣令（司法佐）
  - 監察御史

民事審判制度

- 州刺史 —— 縣令
  - 坊正
  - 里正
  - 村正

上列之表。卽爲唐代之審判級數。凡民事案件。例由里正坊正村正裁判。之裁判而不服者。則申訴

於縣令。再不服者。則申訴於州刺史。是亦三審制度也。但申訴於州者甚少。大概至縣爲止。故亦只有二級。且里正等之裁判。含有調解性質。不過一種仲裁制度。而遇有涉及制裁者。則須由縣令申理之。是名雖三級。實爲一級。且古代絕少提起上訴者。即有不服。亦含屈了事。蓋古代法制。如上訴而准者。原訴之官。須受懲罰。或降職。或罰俸。甚至除名。故上訴一事。非常重視。名雖訴對造。實即訴原審官。至刑事案件。則在京師者。由京師法曹參軍事審斷。然只在杖刑以下。如在徒刑以上者。則由大理寺訊斷。遇有死刑。則由大理寺判決後。直接奏報皇帝。其流徒刑。則咨送刑部覆核。如在地方者。則以縣令訊斷。凡徒罪以上。則判決後經申送至州。由州覆審。如認原審爲無誤者。則達於刑部。死刑則奏報皇帝、流徒則遞由刑部覆核。倘遇有事實上可疑者。流徒以下。則駁令更審。或遞爲覆判。而死刑則或交大理寺更審。使由皇帝發交覆訊者。則由刑部會同大理寺及監察御史同審。苟原判有錯誤者。則更正之。原判官且受重大處分。非如今日之司法官。不負何種責任也。而法律上有可疑或事涉八議者。則例由門下省中書省尚書省及大理寺監察御史等會同覆議。各條陳其是否。奏請施行。至御史一官。本不預聞司法。專司糾彈事務。故凡遇有官吏之失職者。悉得臚舉其事。奏請懲治。其所以參預審判。在監察原判官訊斷之是否

公平。有無狂濫情事。故即罪人並不申訴。刑部並不駁回。苟有非法之處。御史亦得單獨上奏。蓋即一種檢舉官吏之監察官。現日之監察院。即仿古代御史臺而設。此唐代之審判制度也。至訊問之法。重犯人口供。不重證據。故犯人之狡不肯承者。得以刑訊之。此亦本於秦漢以來之舊。然較古時之搒掠無數及陳代之所謂測立者。已不可同日而語。蓋皆有限制也。大概每訊杖數。不得過二百二十日一訊。三訊爲止。三訊而不承者。即不得復用刑。而昔時所盛行之各種酷刑。皆一體擯除。然司法官是否能奉行不怠。則又爲一問題。蓋既重口供。則訊斷不得不求諸罪人之供。以爲爰書之根據。否則無從定讞。而罪人未有甘心自暴其罪狀者。必多方掩飾。百端狡賴。於是欲求其供。不得不有以痛之。夫然後供可得而求。而罪人不得。地方官又有重大處分。於是更不得不力求其訊斷之速。而刑訊不可免矣。在忠厚仁慈者。尙肯依法而行。而慘酷不道者。則囚人無得免矣。搒掠尙爲幸事。而其刑之酷於搒掠者。正不知其幾。請君入甕。固即唐初之事也。又囚人皆施以枷鎖杻鉗。身體受其拘束。但亦視其罪刑之輕重而分別者。大概罪愈重者。則身體愈受拘束。至死刑之執行。斬者則斬之於市。此本古代刑人於市與衆棄之之意義。絞刑亦然。但極愼重。在京師須覆奏五次。在地方則須覆奏三次。蓋恐有寃濫也。若五品以上之官吏。除十

惡罪外。凡應執行死刑者。許其自殺於家。亦本古代大夫有大罪者。則聞命北向跪而自裁。君不使人猝引而刑殺之之意義。又凡七品以上及皇族或婦人。則於隱所執行死刑。婦人孕而未乳者。則俟生產後百日執行。其在流刑。則配置於當流之地。依法服勞役。男子則或補戍卒。或供蔬圃。女子則供廚膳。徒刑亦然。須服勞役。然亦有只流徙而不供勞役者。至北魏朝所定單丁留養之制。至唐代仍相沿未廢。且犯流罪者。苟在道疾病或遭祖父母父母之喪。悉得給假。此蓋完全出於倫常主義及仁慈之念。又自漢代以降。帝王多有因事大赦或特赦者。唐代亦如是。每遇皇帝登極或萬壽。則舉行大赦。除十惡及會赦猶流者外。大率概予赦免。而唐太宗之縱囚三百九十人。則爲一種特赦之制。是亦專制時代帝王破壞司法獨立之一例。在當時以爲仁慈。實則不足爲訓也。又唐代地方官吏。州之上更有道。道置巡察司。以管轄州以下之官吏。亦得干預司法事務。然其用意在糾察官吏之不率職者。與御史同其責。不過御史居於中央。得糾問天下百官。而道巡察使居於地方。其範圍只及一道。凡州刺史而下。苟有訊斷不平者。人民固得向之申訴。即無人申訴。亦得依其職權以爲檢舉。然甚少直接審判者。故只可謂爲監督司法官。而不得謂爲司法官。

第七節　唐律頒行後之格式

唐律初成於太宗之世。計爲十篇。至高宗時而又增二篇。合十二篇。於玄宗開元二十五年頒行。此卽所謂唐律也。唐代法制。除六典外。本分律令格式四種。律令則不甚變更。而格式則隨時損益。蓋在吾國古代。無所謂罪刑法定主義。司法官遇事得以比附援引。然罪較重者。司法官不能卽決。必須條其事申報刑部。由刑部覆核後。奏請天子。甚者天子發交三省及大理寺並監察院覆議。覆議核准後。卽頒行天下。名之曰勅。而集之則爲格爲式。然久而久之。前後或有不符。則詔羣臣修訂。故格與式幾幾每年須修訂一次。使前格與後格不同。或前式與後式矛盾者。則本後法優於前法之例。棄舊而從新。其與律不合者。則亦舍律而從格式。蓋一在前。一在後。應舍前而從後也。又凡事之特別者。卽於律雖早定有明文。而以其情事或有可疑。亦須申請議處。今之言刑法者。本有事實主義與人格主義之分。事實主義者。重在犯罪事實。犯何罪者。卽以何刑罰加之。其犯罪人之性格何如。則不問也。而人格主義。則重在犯罪人之性格。其事實如何。則在其次。二者相較。當然以人格主義爲優。然立法者則不能不取事實主義。如取人格主義。則在實際上甚爲難能。例如同一殺人也。其殺人之動機何在。千差萬別。或由於貪慾。或由於

賍妬。或由於姦淫。或由於忿懥。或由於義憤。同一竊盜也。或由於貧困。或由於貪瀆。使舍事實主義而取人格主義。則雖有千萬條亦不能盡。且在司法官或得上下其手。故不能不仍取事實主義。不過於事實主義之中。參以人格主義。故不爲絕對法定主義。而爲相對法定主義。介乎擅斷主義與絕對法定主義之間。使司法官得按犯罪人之心術。犯罪人之環境。以及犯罪之原因。而於法定刑中自由裁量。吾國古法。則不如是。在法律上則取事實主義。且取絕對法定主義。司法官對於犯罪人。唯有一本事實以爲斷。且不許稍稍自由裁量。因之遇有情有可矜或事有可疑者。則必條其意見以上請。在上者亦深認其爲然也。則再奏請天子以勅行之。其始也固足以防止司法官之擅斷主義。然其究竟。則罪之小者。則司法官擅斷。其罪之重者。則由皇帝及大臣擅斷。卽情無可矜義無可疑者。亦不妨曲爲之說。上下其手。將法律隳於無形之中。且以帝王兼操立法權。故隨時得下勅變更法律。故自漢魏以降。只有人治而無法治。所謂法者。不過供司法官因利乘便之資。夫此固不僅一唐代爲然。自漢魏以迄明清。無一不如是。而唐代則雖號稱法制最最完備。亦未有所以變革也。故唐律自開元二十五年頒行後。至天寶初卽有勅變革。天寶元年。勅官吏准律應犯枉法贓十五疋合絞者。自今以後。特加至二十疋。編諸格律。至五年下勅

流貶人多在道逗遛。自今左降官情罪稍重者。日馳十驛以上。至六年。又下勅自今以後。所斷絞斬刑者。宜削除。仍令法官得近例詳定處分。又詔曰。徒非重刑。而役者寒暑不釋械繫。杖古以代肉刑。或犯非巨蠹。而捶以至死。其皆乞以配諸軍自効。民年八十以上有重疾。有罪皆勿坐。侍丁犯法。原之俾養終。又勅律凡贖銅者。如情願納錢。每斤一百二十文。若欠負官物。應徵正贓。及贖物無財。以備官役折庸。其物雖多。限三年。每一日折絹四疋。若會恩赦。其物合免者。停役。即此數勅可見唐代之律令。在表面上雖似一成不變。實則時時皇帝可以勅或詔更易之。夫以開元二十五年至天寶。不過十數年。且同一皇帝。未嘗有所更易。竟一再頒勅。將律文更易。是則所謂法治者。亦僅僅矣。然此不足爲怪。天子本兼有立法之權。故凡舊律有所缺如或未妥者。則不妨隨時以刪定之。補充之。最可怪者。司法官遇有杖刑以下者。亦往往隨時更易法令。律文明明規定如是。而司法官莫之覩。極其所至。反至知有官而不知有律。同罪異罰。輕重懸殊。而在上者不之問。在下者莫之詰。是誠人治之極軌。言法制史者不能不引爲痛哭者也。天寶以後。其歷代所頒之格式又甚多。大抵每一帝王。少者一次。多者二次。以刪補舊法。且遇事往往以意爲擅斷。魏徵所謂遇喜則矜其情於法中。逢怒則求其罪於事外。所愛則出其羽毛。所憎則剔其瘡垢。而議

法之官。亦往往不從法律着想。專以人情為依歸。而又好塗飾禮經。欣羨漢代之經義折獄。於是法律愈變而愈壞。愈修而愈劣。故凡一朝之典章制度。其始也雖不免因陋就簡。失之草率。然尚無大疵。自後人加以塗飾。則面目全失。故在世界文明各國。其法制愈改而愈良。而在吾國。適得其反。愈改而愈不良。此其故半由於帝王之專制。以一人而操立法司法之大權。其弊必至獨裁。而半則由於立法者之未盡妥善。往往疏漏顛倒。而又取絕對法定主義。司法官絲毫不得伸縮。於是遇事有可疑情有可矜者。卽不得不於法外而求其意。始也不過比附援引。其極也竟流於擅斷主義。反以法為具文。此外則為司法官之重情輕法。亦為法律失效之一大原因。法律所定。大抵專重事實。而司法官則應奉法以行。立法者所立之法。等於醫生之開方。而司法官則為一配藥師。縱醫生所開之方。未能盡善。甚至足以殺人。配藥師亦絕無代庖修改之理。而吾國古代之司法官。則不如是。往往重於人情。而輕於守法。甚且以守法者為嚴酷。卽在玄宗時。有殿中侍御楊汪者。為張瑝等所殺。先時瑝父張審素為嶲州都督。人告其贓汚。制遣汪按之。總管董元禮將兵七百圍汪。殺告者。謂汪曰。善奏審素則生。不然則死。會救兵至。擊斬之。汪奏審素謀反。審素坐斬。籍沒其家。時瑝及弟琇俱幼。坐流嶺表。尋逃歸。謀伺便復仇。三月。手殺楊汪於都城。繫表

於斧。言父冤狀。欲之京外。殺與楊汪同謀陷其父者。至汜水。爲有司所得。此事以法律言。當然將張瑝等處死。絕無問題也。乃當時議者多言二子父死非罪。稚年孝烈。能復父仇。宜加矜宥。卽鼎鼎大名號稱良相之張九齡。亦必欲活之。時宰裴耀卿李林甫力持不可。始將張煌等付河南府杖殺。李林甫之爲人。固不足道。而此事則不謬。其言曰。孝子之情。義不顧死。然殺人而赦之。此途不可啓。國家設法。期於止殺。各伸爲子之志。誰非徇孝之人。展轉相仇。何有限極。臯陶作士。法在必行。曾參殺人。亦不可恕。此寥寥數語。實爲重情輕法者之當頭一棒。大足闡明法治之意義。不特不可厚非。且足刊爲令典。傳之不朽。然當時士民。皆爲瑝憐。而恨李林甫等之不恕。人情如是。法治之不能行。亦固其所。又唐律之頒。在玄宗開元二十五年。然是時夷州刺史楊濬坐贓當死。玄宗卽欲活之。命杖之六十。流於古州。是玄宗所頒之法律。其墨瀋尙未乾。而已躬自破壞。曾不稍顧。裴耀卿上疏反對。謂決杖贖死。恩則甚優。解體受笞。事頗爲辱。止可施之徒隸。不當及於士人。玄宗之舉。固乖法治之義。而裴耀卿之疏。更屬非是。四民平等。何謂止可施諸徒隸。不當及於士夫。洵如是。則杖刑笞刑之設。專爲徒隸而不及於士夫。在士夫應設一例外。但書。卽於每條杖條笞刑之下。加一但書。但士夫犯此者不論。夫然後方可以援用。否則裴耀卿何所根據而竟

以是爲言。故在玄宗固破壞法律。而在反對之裴耀卿。亦未嘗不與玄宗同一破壞法律。然而玄宗[illegible]其言。後此無復對於士夫加笞杖者。且不僅一玄宗。直至宋元皆然。凡一命以上。皆不用笞。唯明代則創爲廷杖之制。雖貴至大學士。苟有犯罪。即命廷杖。然久爲各界反對。故一至清代。即恢復唐宋元舊制。毅然將廷杖制廢除。推原其故。實由於裴耀卿之一言。蓋自裴耀卿一度上書後。終唐代以迄宋元。無復將士夫笞杖者。但裴耀卿之言。亦有所本。蓋即本於古代刑不上大夫之義。此亦禮治之餘光。先是開元十一年。前廣州都督裴迪先下獄。中書令張嘉貞奏請決杖。兵部尚書張說力竭反對。謂臣聞刑不上大夫。以其近於君也。故曰士可殺。不可辱。是即可見在裴耀卿之前。已有大夫不可同於卒伍受杖笞之說也。然在唐宋元及清律上。絕不見有大夫免杖之規定。夫既士夫不予以杖笞矣。應亦明載於律上。或以官當。或以金贖。然又並無載明。既未載明。則不論爲士夫。爲庶人。爲徒隸。苟有犯者。應即按法治之。無爲徒隸而加重。無爲士夫而寬貸。然而又不如是。故言法制者。至此實有無從下筆之苦。推原其故。大概法律所規定者。專據犯罪事實。不問爲士夫。爲庶人。爲徒隸。一體處之。而歷代士夫之所以免受杖笞。重者處死刑。次之處流徒。輕者直免其刑。不依法以杖或笞施之者。則以司法官尊重士夫之故。初而偶也。繼而

例也。迨至一成爲例。則牢不可破。於是久而安也。不問在上在下。一體以刑不上大夫爲言。凡一命以上者。皆免予杖笞。以是法律與事實相去逕庭。此卽人治之一種表現。而亦如英吉利之以習慣作爲法律。英吉利之立憲政治。爲各國之冠。然試檢閱其憲法。則並無何種之規定。又如美利堅合衆國之大總統。依法當然連選連任。並無若何限制。然在習慣上。則至多不過連任一次。決無三任四任者。是亦以習慣打破法律。故在唐宋元及淸律上。雖未嘗有士夫免受杖笞之規定。而在習慣上。則士夫例不受杖笞杖笞之刑。幾幾專爲庶人及徒隸而設。此亦一種畸形之制度也。而其初則唐玄宗創之。是卽唐代詔勅格式之變更律令者。其後肅宗乾元元年。勅左降官非反逆緣坐及犯惡逆名敎枉法强盜贓。如有親年八十以上。及患在牀枕。不堪扶持。更無兄弟者。許停官終養。其流移人亦準此。代宗寶應二年。詔制勅與一頓杖者。其數止四十。至到與一頓及重杖一頓痛杖一頓者。皆至六十。並不至死。德宗建中三年。勅旨凡十惡中謀反、大逆、叛、惡逆四等。皆準律用刑。其餘犯別罪合處斬者。今後並重杖一頓處死。以代極法。又勅諸色貶流人及左降官身死。並許親屬收之。本貫殯葬。其造蠱毒移鄕人。不在此限。貞元八年。詔勅比來所斷罪。拘守科條。或至死刑。猶先決杖。處之極法。更爲傷殘。惻隱之懷。實所不忍。今後罪至死者。

杖宜停。德宗並詔中書門下選律學之士。取肅宗至德以來制勅奏讞。掇其可爲法者藏之。而不名書。以備百官參覽。其後憲宗時。刑部侍郎許孟容等又删天寶以後勅爲開元格後勅。蓋將開元格以後歷代皇帝如肅宗代宗德宗等關於行政司法上一切詔勅。删其重複。去其矛盾。而又成一格也。其在憲宗時。更改法令之事亦頗多。元和三年。詔今後應坐贓及他罪當贖者。諸道委觀察刺官一人專勾當。及時申報。如蔽匿不申者。節級科貶。如罪不繫奏。官長量情處置者。其贓但准前申送御史臺。充本色給用。仍差御史一人。專知贓贖。不得以贓罰爲名。如罪名未正。妄罰其財。亦委觀察刺官勾當。差定後先具名奏聞。八年。又詔兩京關內河東河北淮南山南東西道。死罪、十惡、殺人、鑄錢、造印、若强盗持杖刼京兆界中、及他盗贓逾三疋者。論如故。其餘死罪。皆流天德五城。父祖子孫欲隨者勿禁。又同時刑部侍郎王播奏稱。天德軍五城及諸邊城配流人等。臣切見諸處配流人。每逢恩赦。悉得歸還。唯前件流人。皆被本道奏稱重要防邊。遂令沒身終無歸日。臣又見比年邊臣犯流者。多是胥徒小吏。或是鬬打輕刑。據罪可原。在邊無益。請自今流人。準格例滿日六年後。並許轉還。帝從之。卽下勅施行。並爲定制。此皆大變更舊律者。又元和六年。富平人梁悅爲父報仇殺人。自投縣請罪。勅復仇殺人。固有彝典。以其申冤請罪。視死如歸。特

減死決一百。配流循州。此在法律上固不誤。蓋殺人雖有罪。而其束身自首。則固在減等之列也。儘可依法處斷。無須曲解禮經。乃當梁悅未經定罪時。帝敕都省集議聞奏。謂復仇一事。據禮經則義不同天。徵法令則殺人者死。禮法二事。皆王教之大端。有此異同。必資論辨。是已混禮與法爲一端。而以法爲不足準矣。而韓愈更上疏暢論經義。竟拋却法律以立論。其言曰。伏以子復父仇。見於春秋。見於禮記。又見於周官。又見於諸子史。不可勝數。未有非而罪之者也。最宜詳於律。而律無其條。非闕文也。蓋以爲不許復仇。則傷孝子之心。而乖先王之訓。許復仇。則人將倚法專殺。無以禁止其端矣。夫律雖本於聖人。然執而行之者。有司也。經之所明者。制有司者也。丁寧其義於經。而深沒其文於律者。其意將使法吏一斷之於法。而經術之士。得引經而議也。周官曰。凡殺人而義者。令勿仇。仇之則死。義宜也。明殺人而不得其宜者。子得復仇也。此百姓之相仇者也。公羊傳曰。父不受誅。子復仇可也。不受誅者。罪不當誅也。誅者。上施於下之辭。非百姓之相殺者也。又周官曰。凡報仇者。書於士。殺之無罪。言將復仇。必先言於官。則無罪也。陛下垂意典章。思立定制。惜有司之守。憐孝子之心。示不自專。訪議羣下。臣意以爲復仇之名雖同。而其事多異。或百姓相仇。如周官所稱。可議於今者。或爲官吏所誅。如公羊所稱。不可行於今者。又周官所稱。將復

仇先告於士則無罪者。孤稺羸弱。抱微志而伺人之便。恐不能自言於官。未可以為斷於今也。然則殺之與赦不可一例。宜定其制曰。凡有復父仇者。事發。具其事申尚書省。尚書省集議奏聞。酌其宜而處之。則經律無失其旨矣。韓愈此疏在當時皆視為名言。然統觀全文。皆引經據傳。無一語及於法律者。此果視法律為不足一顧歟。是亦可見禮治雖至秦而中斷。而漢代以後。依然光燄萬丈。然此不過一人一事。如是非若虞夏商周之專尚禮治。竟議事以制。不以刑辟也。及自漢以來。謂為法治中參酌禮治則可。若竟據一人一事而謂已恢復禮治。則非事實。不過於法治之中。有時塗飾以禮治而已。卽漢代之以經義折獄。亦為偶然之事。而非其常。否則蕭何所定之九章律。亦可拉雜而摧燒之矣。又柳宗元為柳州刺史。有柳州民莫誠救兄莫蕩。以竹刺莫棐右臂。經十二日身死。準律以他物毆傷。二十日辜。辜內死者各依殺人論。柳宗元憫其情。特上桂管觀察府狀。謂竊以莫誠者赴急而動。事出一時。解難為心。豈思他物。救兄有急戚之情。中臂非必死之創。不幸致殞。揣非本意。按文固當恭守。撫事似可哀矜。斷手方追於深衷。周身不遑於遠慮。律宜無赦。使司明至當之心。情或未安。守吏切唯輕之願。伏乞俯賜與哀。特從屈法。幸全微命。以慰遠黎。此固未嘗如韓愈之引經據傳。純以人情立場。然可見唐律雖號稱最為完備。然立法亦

未盡妥善。只採事實主義。不取人格主義。蓋律文僅有以他物傷一語。而不問傷之原因。又取絕對法定主義。不取相對法定主義。故司法官遇事卽無從下斷。不得不本人情以立言。反之又可見是時之司法官。皆不本於法。一以人情爲斷。大背司法之本旨。其後穆宗時。下令有司每斷大獄。令中書舍人一人參酌而輕重之。號參酌院。蓋以是時有司斷獄。每有失入失出。故更令一員以參酌之。使之毋枉毋縱。此舉在今日言。實以行政而干涉司法。大背司法獨立之精神。然在當時亦多以爲不便。故設立未幾。大理少卿崔杞卽上書反對。謂國家法度。高祖太宗制二百餘年矣。周禮正月布刑。張之門閭及都鄙邦國。所以屢丁寧使四方謹行之。大理寺。陛下守法之司也。今別設參酌之官。有司定罪。乃議其出入。是可奪繫於人情。而法官不得守其職。子路問政。孔子曰。必也正名乎。臣以爲參酌之名不正。宜廢。帝從其言。卽行罷之。穆宗之設參酌院。其事本不足爲訓。而崔杞所言。實深合於法治之精義。故穆宗亦卽毅然將參酌院能廢。然攷當時有司之所謂奉法。亦有許多不盡滿意之處。故穆宗有參酌院之設立。蓋爲司法官者。或妄解律文。或屈法申情。爲上下所不慊。於是穆宗爲救弊計。而有此舉。正如漢宣帝之設廷平以佐廷尉治獄相同。試觀是時中書舍人白居易之上言。卽可見司法官腐敗之一斑。白居易言曰。據刑部及大理

寺所斷。準律非因鬥爭無事而殺者。名爲故殺。今姚文秀有事而殺者。則非故殺。據大理司直崔元式所執。準律相爭爲鬥。相擊爲毆。交鬥致死。始名鬥殺。今阿王被按狠籍。致死。文秀檢驗身上。一無傷損。不得名爲相擊。阿王當夜已死。何名相爭。旣非鬥爭。又言怨怒。卽是故殺者。謹按律疏云。不因鬥爭。無事而殺。名爲故殺。此言事者。乃鬥爭之事。非他事也。今大理刑部所執。以文秀怒妻有過。卽不是無事。旣是有事。因而毆死。則非故殺。此則唯用無事兩字。不引爭鬥上文。如此是使天下之人。皆得因事殺人。殺人了。卽曰我有事而殺。非故殺也。如此可乎。且天下豈有無事而殺人者。是明事乃爭鬥之事。非他事也。又凡言鬥毆死者。謂事素非憾嫌。偶相爭鬥。一毆一擊。不意而死。如此則非故殺。以其本原無殺心也。今文秀怒妻頗深。挾恨已久。毆打狠籍。當夜便死。察其情狀。不是偶然。此非故殺。孰爲故殺。若以先因爭罵。不是故殺。卽如有謀殺人者。先引相罵。便是交爭。一爭之後。以物毆殺。卽謂我因事而殺。非故殺也。如此可乎。況阿王旣死。無以辨明。文秀自云相爭。有何憑據。若崔式所議。不用大理寺所執。得行。竊恐被毆死者。自此長寃。故殺人者。從今得計。白居易固非刑法學專家。然其所論。則實不刊。誠不知專司獄訟之刑部及大理寺。何所見而必以文秀之殺阿王爲非故殺。且故殺也者。故意殺人也。其文至顯。其理至淺。乃刑部及

大理寺並此而不知。則當時之司法官可見矣。穆宗之設立參酌院蓋亦未可厚非也。又刑部員外郎孫革奏稱。京兆府申雲陽力人張汕。欠康憲錢米。憲徵理之。汕乘醉拉。憲氣息將絕。汕男買得年十四。將救其父。以汕角觝力人。不敢揮解。遂持木鍤擊之。首見血。後三日死。準律。父爲人所毆。子往救。擊其人。折傷減凡鬥三等。至死者依常律。則買得合當死刑。伏以律令者。用防凶暴。孝行者。以開教化。今買得救父難。是孝性。非暴。擊張汕。是心切。非凶。以髫丱之歲。正父子之親。王制稱五刑之理。必原父子之親。春秋之義。原心定罪。周書所以訓諸罰有權。今買得生被皇風。幼符至孝。哀矜之宥。伏在聖慈。帝因下勅。康買得尙在童年。能知子道。雖殺人當死。而爲父可哀。若從沉命之科。恐失原情之義。宜付法司。減死罪一等處分。孫革此疏。實與上述憲宗時柳宗元之上桂管觀察府狀。同一意旨。蓋皆於事實主義之中。兼及於人格主義。在律文既只顧事實。不及人格。而又取絕對法定主義。不許司法官自由伸縮。故遇事有可疑情有可矜者。即不得不奏請下勅。格式之變更律令。半固由於帝王之專制。而立法者之不善。亦未必不有以致之。若白居易所言。律文明明規定。情事亦無稍可疑。而司法官曲爲解釋。故意枉縱。則咎不在立法而在司法矣。然自白居易一疏。而穆宗即用其言。下勅依居易狀處文秀死。自此言故殺鬥殺者。皆不敢舞

文曲解。悉依白居易所言解釋矣。時穆宗又爲制。應亡官失爵及放還流人。如先有莊田。不經沒官。被人侵射。如本主及子孫已歸並委州府卻還。務令安業。文宗時又頒行太和格。舉開元格以後歷代所頒行之詔勅而刪定之。垂爲令典。其後更將太和格以後所頒行各種詔勅令尚書省郎官刪定。交與丞及侍郎覆視。更由中書及門下兩省參其可否。後然奏定頒行。名曰太和格後勅。蓋仿德宗時之開元格後勅也。至開成時又先後頒行開元詳定格及開成格。又唐代各帝。每有赦免。必明勅左降官及諸色得罪人等終身不齒。或言縱有恩赦不在免限。然自穆宗以降。對此大率均得收錄放還。但官吏犯贓罪及犯十惡罪者。遇有赦免。仍申言不在免限之例。故凡遇恩赦除犯贓及十惡外。一體得以放還故里。其左降官且得收錄。又凡穆宗以後。用刑多較前爲寬。敬宗寶歷三年。京兆府有姑鞭婦致死者。奏請斷以償死。後以尊長毆卑屬。不得爲之爲門。且其子尚在。以妻而戮其母。於禮不順。遂減死論。文宗太和六年。興平縣民上官興以醉殺人而逃。聞械其父。乃自歸。文宗以興免父囚。近於孝義。杖之徙於靈州。是皆用刑寬恕之一證。然以法治言之。則皆爲破壞司法。不足爲訓。使果如是者。則法律之效力直等於零。尚何法治之可言哉。然文宗而降。官吏秉政。專尚殺戮。往往非法判斷。甚且恢復秦代腰斬梟首及夷三族之刑。太和

九年。李訓鄭注謀誅宦官不克。仇士良等擒宰相王涯舒元輿等入左庫。被以桎梏拷掠。不勝苦楚。自行誣服。稱與李訓謀行大逆。事主鄭注。於是以左神策出兵三百人。以李訓首引王涯王璠羅立言郭行餘右神策出兵三百人。擁賈餗舒元輿李孝本獻於廟社。徇於兩市。命百官臨視。腰斬於獨柳之下。梟其首於興安門外。親屬無問親疎皆死。孩稚無遺。妻子不死者。沒爲官婢。此實爲唐代所未有。且出乎唐律規定之外。是亦見人治之弊害。竟至於此極。使在法治之國。則無論犯何滔天大罪。皆須由司法官依法定罪刑判斷。決不許徇一二人之喜怒以爲輕重。而在人治之國。則不能如是也。國家法律。無論規定至如何嚴密精細。而一二有權力者。足以破壞之。以此而猶高談法律。正未免隔靴搔痒也。嗣後開成三年。文宗又詔勅舉下。採開元二十六年以後至於開成時代。所有一切制勅。刪繁去複。頒行天下。名曰開元詳定格。自有開元詳定格。則凡德宗時所刪定之開元格後勅。文宗時刪定之太和格以及太和格後勅。俱行作廢。其有效者。則爲唐律、開元格、開元後格、以及開元詳定格。此律與格中如有重複或前後牴觸者。則依後法優於前法之例。以後者爲有效。其後又有開成格頒行。至武宗時。以竊盜風熾。下詔凡竊盜贓滿千錢者死。故事竊盜無處死者。所以原民情。近於饑寒也。至武宗忽有此詔。又會昌五年。下詔據律已

去任者。公罪流以下勿論。公罪之條。情有輕重。苟涉欺詐。豈得勿論。自後公罪有情狀難恕。皆不在勿論之限。此悉武宗時用刑嚴酷之一斑。然一面亦未嘗不行小恩小惠。會昌六年。下詔九應流徒人。在天德振武中者。官中量借糧種。俾令耕田以爲生業。蓋天德振武俱在關外。流戍至此。等於漢代之輸邊。萬一迫於饑寒。鋌而走險。則後患堪虞。故使給以糧種。使之屯墾。亦鞏固邊防一道也。宣宗卽位。力主寬大。首廢竊盜贓滿千錢處死之令。並勅今後有官吏犯贓及諸色取受。但是令未發覺以前。能經官陳首。卽準律文與減等。如知事發已有萌肇。雖未被追捕勘問。亦不在陳首之限。七年勅法司斷罪。每脊杖一下。折法杖十下。臀杖一下。折笞杖五下。八年勅估絹結贓。天下一例依上都以一千一百九十文爲限。計贓絹一疋。原來在玄宗開元時。天下定贓估互有高下。如山南絹賤。河南絹貴。賤處計贓。不至三百。卽入死刑。貴處至七百以上。方處死刑。後李林甫奏請天下定贓估絹。每疋計五百五十價爲限。至肅宗上元時。更下詔限定每絹一疋。估價五百五十。無有高下。至宣宗則又定爲一千一百九十文。蓋依絹最貴之數也。宣宗又以歷代詔勅。對於舊律。多有更改。應用者甚爲不便。因由左衛率府倉曹參軍張戣。將刑律分類爲門。而附以格勅。名曰太中刑律統類。頒行天下。唐代法律。本分律令格式四種。律則成於高祖太宗高

宗之世。先爲十卷。後又益以二卷。爲十二卷。至玄宗開元二十五年頒行。即所謂唐律是也。至宣宗時。律分其類爲門。重頒行天下。即所謂大中刑律統類。至於令則在開元時與律同頒者。計三十卷。此後則未有頒行者。而格式則每帝皆有頒行。其經刪輯而成爲格者。在開元後。則有太和格。開元詳定格。開成格。其不入於格而與格有同等效力者。則有開元格後勅。太和格後勅。其外隨時隨事所頒之勅。不入於格或不定爲格式者。尙不知凡幾。故一部唐律。自玄宗開元時頒行後。以迄宣宗之世。已有幾許爲格式所侵奪。無形廢棄。至僖宗時。又有所更易。乾符三年。勅應殘疾篤疾犯流徒罪。或是連累。即許徵贖。如身犯罪。不在免限。其年十五以下者。准律文處分。乾符四年。勅法律有去任勿論之條。頗爲僥倖。今後應州縣官吏所犯諸罪。五年之後。去任勿論。五年內。同見任官例追收。蓋又變易唐律贖罪之條及去任勿論之條也。今人言唐代法制者。輒以唐律爲準。是也。不知自唐律頒行後。已經各帝王相率纂易。僅存其骨肉。而其精義所在。則多半已淪亡矣。是亦言唐律者所不可不知之者也。

第八節　唐代法制之系統

唐自高祖代隋而後。以迄昭宗。計有二十一帝。二百九十年。享國亦不可謂促。其間法制。代有修訂。

不過律令方面修訂者少。而格與式則隨時更易。且往往以格式而將律令無形廢棄。唐法本分律令格式四種。此四種畫然分其疆域。據馬端臨文獻通攷言之。則令格式三者。或屬於技術規範。或屬於道德規範。而有違之者。則以律斷之。是唐代之制裁法規。唯一爲律。以律爲最高令次之。故其效力當以律爲最。然以君主專制之世。帝王兼有立法司法之權。國家所頒行之律令。天子得以意纂易之。廢棄之。立憲國家。命令不能變更法律。而專制政體。則命令與法律無別。故帝王得以詔勅將法律變更。今日一詔。明日一勅。詔勅既多。於是彙而成格。始也有律者不引令。有令者不引格式。而終之則有勅者不依格式。有格式者不依律令。最有效力之律令。反爲格式而失其效力矣。茲將唐代法制之系統一一列表如左。

- 律
  - 貞觀律（十篇）、永徽律（二篇）——唐律——大中刑律統類
- 令——古令——新令——大業令——永徽令——開元令
- 格——貞觀初格——永徽格——太極格——開元格——開元後格——開元新格——太和格——開元詳定格——開成格
- 式——永徽式——開元式

唐代法制。本為律令格式四者。此外又有勅其彙成而著為典則者。則在德宗時有開元格後勅。在文宗時有太和格後勅。勅者天子對臣民特下之詔勅也。可以變更律令格式。其效力超一切法律而上之。但有專對某一事而下之者。有專對某一人而下之者。非如律令格式之有普遍性。不過後此遇有類似之事。司法官即得援引。不復再沿用律令格式。蓋等於清代之例也。例者先例也。既有先例即可援用。不必再查成憲。在今日言之。命令之效力。不及於律。而在昔日言之。則法律之效力。不及命令。皇帝所下之詔勅。蓋即元首所發之命令也。君主專制時代。命令之效力。既優於法律。則司法官當然先奉令而後行法。亦不足為怪。蓋奉令即所以行法也。爾後宋代之改律為勅。即屬於是。至唐律篇目。則一仍隋代。計十二篇。一曰名例。二曰禁衛。三曰職制。四曰戶婚。五曰廄庫。六曰擅興。七曰賊盜。八曰鬥訟。九曰詐偽。十曰雜律。十一曰捕亡。十二曰斷獄。合民法、刑法、商法、行政法、官吏懲戒法、違警罰法、以及民事訴訟法、刑事訴訟法、監獄法、而一之。凡其事應加制裁者。即一體入於律。即為律令所無。而其事苟認為非禮者。司法官亦得比附援引以制裁之。無所謂罪刑法定也。蓋是時無問上下。皆以百密終不免一疎。律文雖繁。終不免有遺漏之處。故遇律文所闕如者。則司法官不妨比附援引以治之。然一方又取絕對法定主義。

司法官不得自由裁量。而於是遇有情有可矜事有可疑者。則不得不流於擅斷主義。而將神聖之法律破壞。况在君主專制時代。朕即國家。王言如絲。其出如綸。操有立法司法之權。故更得以詔勅變更法律。然在當時。亦有許多法學之士。對此力加非議者。太宗貞觀七年。貝州縣令裴仁軌私役門夫。上欲斬之。殿中侍御史李乾祐奏曰。法令者。陛下制之於上。率土遵之於下。與天下共之。非陛下獨有也。仁軌犯輕罪而致極刑。是乖畫一之理。臣職守憲司。不敢奉詔。其年九月。盛開選舉。或有偽為資蔭者。上令自首。不首者死。俄有詐偽事洩。大理寺少卿戴胄斷流。上曰。朕下勅不首者死。今斷從流。是示天下以不信。卿擬賣獄乎。胄曰。陛下既付有司。臣不虧法。上曰。卿自守法。而令朕失信耶。胄曰。法者國家所以布大信於天下。言者。當時喜怒之發耳。陛下發一朝之忿。而許殺之。既知不可。而置之於流。此乃忍小忿而存大信。十一年五月。大理卿劉德威奏。帝謂刑網太密。誠在君上。不由臣下。主好寬則寬。好急則急。律文失入減三等。失出減五等。今則反是。失入則無辜。失出則獲大罪。所以吏各自愛。競執深文。畏罪之所致也。太宗然其言。由是失入者各依律文。高宗上元三年。左武衛大將軍權善才。右監門中郎將范懷義。並為斫昭陵柏。上特令殺之。大理丞狄仁傑執奏。不可謂罪不當死。且曰。昔漢文帝時。有盜高廟玉環者。張釋之廷爭罪

止棄市。魏文帝將徙冀州士家十萬戶辛毗引裾而諫亦見納用。陛下作法。懸之象魏。徙流死罪具有差等。豈有犯非極刑。即令賜死。法既無恆則萬姓何所措手足陛下必欲變法請從今日爲始此皆不失司法獨立之旨。雖以君主之詔勅亦視若無覩執法相抗。中宗神龍元年趙冬曦上言曰。臣聞夫今之律者。乃有千餘條。隋之姦臣。將弄其法故著律曰犯罪而律無正條者。應出罪則舉重以明輕。應入罪則舉輕以明重。立此一言。而廢其數百條。自是迄今竟無刊革遂使生死罔由乎法律輕重必因乎愛憎賞罰者不知其然。舉事者不知其犯。臣恐賈誼見之。必爲痛哭焉。夫立法者。貴乎下人盡知。則天下不敢犯耳。何必飾其文義。簡其科條哉。夫科條多。則下人難知文義深。則法吏得便。下人難知。則暗陷機穽矣。安得無犯法之人哉。法吏得便。則比附而用之矣。安得無弄法之臣哉。臣請律例格式復更刊定其科條言罪直書其事。無假飾文。其以准加減、比附、原情、舉輕以明重、不應爲而爲之類。皆勿用之。使愚夫愚婦聞之必悟。則相率而遠之。亦安肯知而故犯哉。苟有犯者。雖貴必坐。則宇宙之內肅然咸服矣。故曰法明則人信。法一則主尊。書刑期於無刑。誠哉。是言。趙冬曦此奏。實深合近代法定罪刑主義。故嚴禁比附援引。此其意發。較上述李乾祐戴冑劉德威狄仁傑之言。更鞭皮入裏。探本窮源。蓋前之所言。重在守法。不以君主

之詔勅而變易法令。而此所言。則爲立法政策。使唐律卽能本是意見以訂。則罪刑法定主義。早已盛行於千餘年之前。司法官無所施其上下手。於法外有所輕重矣。惜其不能爲此。故自開元二十五年頒行唐律後。不及十數載。卽往往下勅變更。而有開元格後勅。太和格後勅。以及開元詳定格等頒行。無形中將唐律幾分之幾廢除。夫法律。本非一成不易者也。新法頒而舊法廢。亦事之常。不過法律之興廢。自有一定之程序。而此則僅以一勅行之。甚至同一罪也。而一則處寬。一則處嚴。同罪異罰。使人無所適從。況唐律更有疏義一書。將律文意義。一一解釋明晰。何者謂十惡。何者謂八議。無所用其疑似。卽有疑似。亦應於法律條文中求其解釋。或爲文理解釋。或爲論理解釋。如果法律無正條者。則竟宣告不爲罪。不應妄爲比附援引。明明依律爲有罪也。而曲爲之解。明明依律爲無罪也。而比附塗飾。今日一詔。明日一勅。而司法之精神。爲所破壞矣。此尙爲重罪而言。若杖笞以下者。司法官當更擅斷。卽以訊囚言。據法制則其笞杖之數。皆有一定。每訊杖不過二百。二十日一訊。不得過三訊。然據唐史所載。則如周興、來俊臣、索元禮等。則競以酷刑訊囚。作大枷。有定百脈、突地吼、死猪愁、求破家、反是實等名目。或以椽關手足而轉之。謂之鳳凰曬翅。或以物絆其腰。引枷向前。謂之驢駒拔橛。或使跪捧枷。累甓其上。謂之仙人獻果。或使

立高木之上。引枷尾向後。謂之玉女登梯。或倒懸石縋其首。或以醋灌鼻。或以鐵圈轂其首而加楔。至有腦裂髓出者。此皆出於法制之外。而爲律所嚴禁者。然而上不之詰。下不敢問。是則所謂法律者。其效力亦至可覩矣。

第九節　唐律與後世之關係

凡言吾國法制史者。不能不推唐代爲法制之完成時期。而以宋元明清四朝爲承襲時期。蓋皆承襲唐代法制也。唐律之在當日。雖經帝王以詔勅或格式擅行改易。有幾分之幾已絕對失其效力。然其全部精義。則爲後世所取法。不僅如是也。因有唐律疏義一書。而其意之所在。更爲天下所共見共聞。卽其所用之名詞。亦爲人一目瞭然。不至於迷罔。故宋元明清無不沿用之。卽在歐風東漸。法制大生變動之時期。其於刑法。亦多以唐律爲依歸。淸季沈家本之修訂大清現行律。暫行新刑律。以及中華民國最近纂訂之中華民國刑法。仍有多半取材於唐律。觀乎各法之立法理由。卽可證實。卽如大理院及最高法院。對於刑法上之解釋。亦有本於唐律疏義者。是唐律之權威。不僅在承襲時期。如宋元明清皆奉爲圭臬。卽在變動時期。於國體改革而後。由義務本位一躍而爲社會本位。且深以古代法制之倫常主

義爲大反於今日之潮流者。而亦有數多處仍相沿未改。則其與後世法制關係之密切。從可見也。蓋唐律誠取倫常主義。以義務爲本位。且階級之制太重。嚴上下之分。重天澤之辨。序尊卑之別。與今日法制之以社會爲本位者。截然不同。然其嚴密之處。則有不少足以取法者。何謂故意。何謂過失。何謂自首。何謂累犯。何謂倂合論罪。何謂法律競合。何謂共犯。以及如何免予處罰。如何得以減等。如何加重其刑。唐律上悉有相當之規定。且於疏義中詳釋其意義。且其所定之刑罰。雖與今日刑罰之採取感應主義不同。未免偏重事實主義。然亦未嘗不於事實主義之中。兼顧及於人格主義。且已處處脫離報復主義而漸入於目的主義。縱未能盡將報復主義廢除。然已不少採取目的主義。報復主義者。以刑罰爲對於犯罪人之一種報仇行爲。故刑罰之輕重。一以犯罪人所加於被害人之行爲爲準。其加害於被害人者至如何程度。則國家所加於犯罪人之刑罰。亦至如何程度。蓋以此種刑罰。非國家加之。乃被害人加之。亦即犯罪人自取之。國家不過代爲執行而已。而目的主義。則不如是。認刑罰爲國家對於犯罪人所施之一種防禦手段。以期保全社會及國家之安寧秩序與正義道德。故其用意。不在爲被害人報復。而在消滅犯罪。而官當之制。贖刑之制。皆含有目的主義存在。不過其方法有未盡善耳。事實主義。則重在犯罪

之事實。專問犯罪之結果。不問犯罪之原因。而人格主義。則重在犯罪人之人格。其所云八議。其所云過失。皆爲兼重人格主義之表現。至感應主義。則以刑罰爲感應犯罪人之工具。其輕重專以犯罪人感應力之如何以爲準。卽一方審査其犯罪之事實。一方更攷察其犯罪之原因。合雙方而驗之。以定其所官處之刑罰。唐律上之官當制度。一方雖不免有階級制度之嫌疑。然一方亦尙不失爲感應主義。蓋身爲吏者。縱未必規行矩步。然其人當必非窮凶極惡者。一時偶然失檢。理性不能抑制其感情。於是有犯罪之舉。雖不加以刑罰。亦已愧悔萬分。引爲奇恥大辱。故無須再加以笞杖流徒。以辱其身。只須稍稍加以薄懲。免其官職。亦已足收相當之效力。故平情而論。唐律雖尙不脫事實主義及報復主義。然已有不少漸進於感應主義。對於目的主義及人格主義。在在兼籌並顧。故其權威能垂千餘年而猶不替。非偶然也。且也唐律刑名。雖有身體刑存在。如笞杖之類。然對於古代刑罰之慘酷無人道者。已努力廢除。肉刑固不復施行。卽梟首、腰斬、車轘等種種。亦一體掃除。且死刑而外。次之卽爲自由刑。尤深合於人道主義及刑事政策。蓋一方採用報復主義。一方卽顧及目的主義。一方採用事實主義。一方卽顧及人格主義。故有不少律文。已完全近於感應主義。若以今日之眼光。而評論唐律。誠不免有幾多不合法理之處。而

在唐言唐。則已可云登峯造極矣。至言其形式。則術語之精密。亦非前乎唐之秦漢魏晉所能及。往往有一字之徵。而其意義絕不相同者。以故所訂之條文。則精密絕倫。同一姦也。而有種種之區別。同一盜也。而亦有種種之區別。然猶恐人之未盡曉。又有唐律疏義一書以解釋之。務使一字不苟。司法官不能妄爲出入。故在沿襲時期之宋元明清。固仍因之而不改。卽在此儘量採取歐美法制努力推翻舊倫理舊禮教之大變動時期。一部刑法。亦仍不少採自唐律者。蓋今之刑法。多取自暫行新刑律。而草訂暫行新刑律者。則多斟酌於唐律。唐律與後世之關係。誠重且大也。今之言法制者。往往鄙棄國粹。將吾國古來數千年之法制。認爲不値一顧。而專事摹仿他人。其激進者。恨不得將吾國之固有法制。根本打倒。一體拉雜而摧燒之。故遇有爭辯。非引證歐美成例。卽援舉東鄰日本。而不知吾國古代之法制。其合於現日法理者。正不知凡幾。卽東鄰日本之法制。亦有不少採自吾國之唐律者。數典而忘其祖。誠不能不引爲痛哭者也。

第四章　沿襲時期之法制

第一節　五季

唐祚亡。後羣雄割據。自命爲中央者。則爲五代。卽梁、唐、晉、漢、周、是也。其外各地。皆由强梁者竊據。大者則建國改元。小者則猶奉中央年號。其建國改元者。則稱曰國。奉中央年號者。則稱曰鎭。計自唐昭宣帝二年禪位於梁朱全忠後。直至宋太祖統一國內。將各國各鎭削平。共歷六十年。內亂相尋。干戈不絕。對於法制。無甚改革。皆一仍唐代之舊。其號稱鎭而猶奉中央年號者。固無自立法。蓋非天子。不議禮。不制度。故仍一沿舊律。至號稱國者。亦多無暇及此。其享國之日甚短。或十數年。或數十年。卽自號中央政府之梁、唐、晉、漢、周。亦困於兵革。未遑立法。卽稍有變易。亦不過形式上變易其一鱗一爪而已。據史所載。梁太祖開平三年。詔太常卿李燕等刪定律令格式及律疏。四年由中書省門下省會奏。計令三十卷。格十卷。式二十卷。律並目錄十三卷。律疏三十卷。各五部。共一百三卷。名曰大梁新定律令格式。頒行天下。是卽梁代之法制。然其內容。仍一本唐律。未有多所改易。又唐代之末。羣雄割治。專事征伐。梁太祖時任節度使。用法甚嚴。凡將校有戰死者。所部兵悉斬之。謂之跋隊斬。其意在立威以懾。兵使人自爲戰。然因之士卒多亡。乃命軍士皆文其面。以記軍號。逃輒斬之。然因是亡者益衆。皆聚山澤爲盜。後梁受唐禪。知徒殺不足以致治。因下詔赦其罪。聽還鄉里。故在大梁新定律令格式上。已無復軍士文面及將校戰死

所部兵士悉斬之科。梁享國甚促。計共二帝十二年。卽爲唐孝宗李存勗所滅。唐滅梁後。對於法制。亦無更易。仍沿用唐代之舊。故舉行大赦。凡十惡、五逆、屠牛、鑄錢、故殺人、合造毒藥、持杖行刼。以及官典犯贓。皆不予赦免之列。皆本舊日唐制也。然是時唐律已多散佚。因由御史臺奏請。本朝法書。自朱溫篡逆。删改事條。今見在三司收貯。皆無舊本節目。只定州勅庫本朝法書具在。請勅定州節度史速寫副本進納。帝從之。未幾。定州王都進納唐代格式律令凡二百八十六卷。因交由刑部重爲纂訂。同光二年。刑部纂訂同光刑律統類十三卷上之。頒行天下。其編制一如唐代大中刑律統類。是卽後唐之法制也。但其內容。亦仍唐舊。未有改革。不過爲之整理一翻而已。同光刑律統類既頒。帝又勅各地。凡見禁囚徒。據罪輕重。限十日內並須決遣申奏。仍委諸道州府。見禁囚徒。速宜疏理。不得淹停。其在內外形勢官員私事寄禁者。務要絕止。俾無冤滯。又自漢代以降。死囚除大逆等外。其決必在秋後。其說蓋本於周官。以爲春夏則爲天地生養萬物之時。王者宜則天行事。助陽以育萬物。不宜輕動肅殺。故死囚除大逆等重罪外。概於秋後處決。雖其中或有不盡然者。然守禮之臣。必斷斷以爭。故自漢魏晉以迄隋唐。皆未之或改。莊宗欲疏理獄訟。使毋停滯。思破其制。因由大理寺奏。謂依斷獄律。立春以後。秋分以前。不得奏決死刑。違者

徒一年。今寺司相次有案牘若準律文候秋分後申奏。必慮刑獄遲滯。乃爲詔勅。謂刑以秋分。雖若惻隱。罪多連累。稽慮淹延。若或十人之中。止於一夫抵罪。豈可以輕附重。禁錮逾時。言念哀矜。又難全廢。其諸司囚徒。罪無輕重。並宜各委本司據罪詳斷。輕者卽時疏理。重者應過立春至秋分。然後行法。如事繫軍機。須行嚴令。或謀爲惡逆。或蘊蓄姦邪。或行刼殺人。難於留滯。並不在此限。是亦可見莊宗之急於淸獄矣。明宗繼位。恐天下寃濫者衆。特置匭函。凡民有申怨者。可具狀投入。後以諫議大夫蕭希甫諫。謂自兵亂相乘。王綱大壞。侵欺淩奪。有力者勝。凡掠人之妻子。占人之田宅。姦贓之吏。刑獄之寃者。何可勝數。而匭函一設。投訴必多。因下令凡自天成元年四月八日昧爽以前。凡大辟已上。皆赦除之。然後出匭函以示衆。天成二年。御史臺刑部及大理寺會奏。準各律例。諸斷罪而無正條者。其應出罪者。則舉重以明輕。其應入罪者。則舉輕以明重。疏云。斷罪無正條。謂一部律內。犯無罪名者。准雜律不應得爲而爲者。笞四十。謂律令無條。理不可爲者。杖八十。疏云。雜犯輕重。觸類容多。金科玉條。包羅難盡。其有在律在令。無有正條。若不輕重相明。無文可以比附。臨時處斷。量情爲罪。庶補遺闕。故立此條。其情輕者笞四十。事重者杖八十。帝從之。卽下令施行。此非變易法制。乃解釋法制。依罪刑法定主義。則旣律無正條。卽應宣告無

罪。不得比附援引。然在古代。則不如是。然猶恐司法官濫用其刑。故於律明爲規定。凡律無正條者。其應出罪者。則舉重以明輕。其應入罪者。則舉輕以明重。而於雜律中又規定不應得爲而爲者笞四十。律令無條例不可爲者杖八十。卽舉輕以明重舉重以明輕也。所謂不應得爲而爲者。則其事雖不犯法而於理於情實不應爲。所謂不可爲者。卽其事雖亦不明犯條例。而在情理上實不可爲也。莊宗此詔。乃所以解釋律文者。同時又整理審判制度。大理寺奏。按斷獄律。諸死罪不待覆奏報而決者。流二千里。卽奏報應決者。聽三日。乃行刑。若限未滿而行刑者。徒一年。伏以人命至重。死不再生。近年以來。令不覆奏。或蒙赦宥。已被誅夷。乞勅所司。應在京有犯極刑者。令決前決日。各一覆奏。聽進止。有凶逆犯軍令者。亦許臨時一覆奏。奉勅依議施行。蓋恐司法官藉故陷人於死。故必報奏後始得處決。所以愼刑罰。亦所以整法制也。長興二年。大理正劇可久奏。准開成格。應盜賊須得本贓。然後科決。如有推勘因而致死者。以故殺論。臣請今以後。若因而致死者。無故卽請減一等。別以患病而死者。從辜限。正賊減本罪五等。帝交中書門下覆核。奏稱今後凡關賊徒。若推勘因而致死者。有故以故殺論。無故減一等。如拷次因增疾患。候驗分明。如無他故。雖辜內致死。亦以減等論。帝從之。開成格爲唐文宗時所頒。凡對於賊徒。未獲到本贓

以前。推勘致死者。以故殺論。至後唐時。盜賊蠭起。司法官多不能治。因有是舉。然自是而後。凡被人控告爲賊盜者。司法官即可不問是否。而濫用其刑矣。此不特違反法制。抑亦釀成司法官草菅人命之風。現代法律。禁止刑訊。且努力爲被告人謀利益。蓋恐司法官濫用其刑也。今若此。則人命等於草芥。爲司法官者。悉可藉口於治賊盜。而非法致人於死矣。長興四年。大理正張仁瑑奏。伏見諸道州府刑殺罪人。雖有骨肉尋時。不容收瘞。皆給喪葬。行人皆於城外。或殘害尸髮。多致邀求。準獄官令。諸大辟罪。並官給酒食。聽親故辭訣。宣告犯狀。日未後行刑。注云。決之經宿。所司即爲埋瘞。若有親故。亦任收葬。又條。諸囚死無親戚者。官給棺。於官地埋瘞。置磚銘於壙內。立牌於塚上。書姓名。請依令指揮。帝從之。即爲令施行。此亦唐律舊文。至是而重申之耳。今大辟之刑。凡於處決之前。官必給以酒食。並准其親故到場訣別。蓋皆仍唐代之舊。愍帝清泰二年。下詔竊盜不計贓。並縱、火強盜。並行極法。竊盜本無死法。即強盜處死。依律亦分別事之輕重。贓之多寡。今愍帝忽下詔一律處死。是實大違法律。然不久即除。清泰三年。尚書刑部郎中李元龜奏。準開成格。應斷天下徒流人。到所流處本管畫時。申御史臺。候年月滿日申奏。方得放還本貫。近年凡徒流人。所管雖奏。不申御史臺報大理寺。所以不知放還年月。望依律格處分。帝亦從之。此

亦整理審判制度者。唐亡晉禪。法制一仍唐舊。高祖天福元年。更下詔一切遵唐明宗朝勅。不得更易。但是時明宗朝勅除愍帝清泰年間曾經編集者尙存外。餘皆封鎖不行。因奏請將所有封鎖之前後勅文並清泰年間編集。並爲詳定。帝從之。天福二年。因勅統類十三卷編勅三卷散勅七十六道。令大理寺改正國號廟諱。頒行天下。編勅者。卽已經編訂之勅也。散勅者。尙未編訂之勅也。且詔大理寺。如遇律文顯有重輕者。須詳議別具奏聞。八月又勅今後或有繫囚染病者。並令逐處軍長看候。於公廨錢內量支藥價。或事輕者。仍行家人候看。四年。詳定編勅三百六十八道。分爲十二卷。詔令百官重寫。與格式參用。是卽晉代法制。然頒行後。又多所改革。其斷事科刑。並不悉依律文。且又往往下勅將律令變更。不依律斷。前者如桑維翰所奏。謂管內所獲賊人。從來籍沒財產。云是鄴都舊例。然格律未見明文。勅今後凡有賊人。準格定罪。不得沒收家貲。是可見司法官恆於法外施其淫刑。又如天福五年。下詔自大中以來。籃爾稱寬。決杖流配。訴雖有理。不在申明。今後宜據其所陳。與爲勘斷。準例別科。是又見司法官之專斷。不許犯罪人稱寃。此皆於法律之外。別施淫刑。不依律文以爲斷。後者如天福五年。下詔凡竊盜贓滿五疋處死。三疋以上。決杖流配。又下詔凡和姦者。男子婦人。並處極法。更恢復古代刺面之制。凡流配者。刺字於

其面是眞臬然破壞法律。竟以詔勅變更律例矣。是亦君主專制時代帝王之權威。其外如天福六年。尙書刑部員外郞李象奏。據刑法統類節文云。盜賊未見本贓。推勘因而致死者。有故者以故殺論。無故者減一等。又云。今後或有故者。以故殺論。無故者。或景迹顯然。佐證不謬。堅恃姦惡。不招本情。以此致死。請減故殺罪三等。其或妄被攀引。終是平人。以此致死。請減故殺罪一等。臣按上文云。有故殺者以故殺論。此卽是矣。其無者。亦坐減罪。卽恐未當。假如官司或有刑獄。未見本情。未可全不詰問據言。有故者。則是曾行拷捶。及違令式。或粗枷大棒。强相壓抑。以此致死者。並屬有故。無故者。則是推勘之司。不曾拷掠。又不違法律。亦不堅有壓抑。此則並屬無故。不可坐刑。假若有犯事人舊患疾病。推勘之際。猝然身亡。不可亦坐推司減等之罪。又據斷獄律云。若以法使杖。依數拷決。而邂逅致死者。勿論。邂逅謂不期致死而死。且彼言拷決。尙許勿論。此云無故。卻令坐罪。事實相背。理有未通。請今後推勘之時。致死者。若實無故。請依邂逅勿論之義。帝交省臺覆核。因會奏謂臣等參詳。若違法拷掠。及託法挾情。以致其死。但有情故者。依故殺論。若雖不依法拷掠。卻非託法挾情。以致其死。而無情故者。請減故殺一等。若本無情故。又依法拷掠。或未拷掠。或詰問。或未詰問。及不壓抑。因他故致死。並屬邂逅勿論之義。帝從之。是亦變更法律之

一端。其後晉亡於遼。劉知遠稱帝改漢。以是時盜賊繁多。首下詔天下凡關强盜捉獲。不計贓物多少。按驗不虛。並宜致死。是又恢復唐愍帝清泰時之舊。較晉高祖之滿贓五疋卽處死刑者。爲更嚴一層矣。漢得國僅有四年。對於法制。當然不暇變更。周太祖郭威禪位後。以漢隱帝末年。法書亡失。勅大理寺重寫以晉漢及國初之事關刑法勅條二十六件。分爲二卷。附於編勅。目爲大周續編勅。二年下詔。凡强盜並準格條處斷。其犯竊盜者。計贓絹滿三疋以上並集衆者。決殺。不滿三疋者。等第決斷。有夫婦人被强姦者。男子決殺。婦人不坐。其犯和姦者。並准律科斷。罪不至死。又諸色罪人。除謀反大逆外。餘並不得誅殺骨肉。籍沒家產。於是凡犯竊盜及和姦者。皆一依晉高祖天福元年前律文處斷。得免者多也。又勅從前所立鹽麴條法。每犯至少盡處極刑。近年以來。抵罪甚重。兼以邑居人戶。隨稅請鹽。既不許將入城隍。又不容向外破賣。立法之弊。一至於斯。自後凡買鹽麴一斤以下至一兩。杖脊十七。配役一年。五斤以下一斤以上。杖脊二十。役三年。五斤以上。杖死之。煎鹻鹽。犯一斤以下。杖脊二十。役三年。一斤以上。杖死之。凡城郭人戶。稅鹽並於城內請給。若外縣鎮郭下人戶。亦許將所鹽歸家供食。又立訴訟法。凡民有訴訟。必先歷縣州及觀察使處決。不直。乃聽詣臺省。或自不能書牒。倩人書者。必書所倩姓名居處。若無可倩。聽

執素紙。所訴必須己事。毋得挾私客訴。所謂客訴者。卽代人申訴也。此卽嚴禁越級申訴及規定代書之制。此制直沿至今日而未改）至世宗顯德四年。中書門下奏。準宣法書。行用多時。文意古質。條目繁細。使人難會。兼前後勅格。差謬重疊。亦難詳究。宜令中書門下並行删定。務從簡要。所貴天下易爲頒行者。伏以今奉制旨。删律令之書。求政理之本。經賢聖之損益。爲今古之章程。歷代以來。謂之彝典。朝廷之所行用者。律十二卷。律疏三十卷。式二十卷。令三十卷。開成格十卷。大中統類十二卷。及皇朝制勅等。折獄定刑。無出於此。律令則文辭古質。看覽者難以詳明。格勅則條目繁多。檢閱者或有疑誤。加以邊遠之地。姦猾之徒。緣此爲姦。浸以成弊。方屬盛明之運。宜伸畫一之規。所冀民不陷刑。吏知所守。臣等商量。望準聖旨施行。仍差侍御史知雜事張湜等十人。編集新格勅。勒成部帙。律令之有難解者。就文解釋。格勅之繁雜者。隨事删除。止要詣理省文。兼且直書易會。其中有重輕未當。便於古而不便於今。矛盾相攻。可於此而不可於彼。盡宜改正。無或牽拘。候編集畢日。委御史臺尚書省四品以上官及兩省五品以上官參詳可否。送中書門下議定。奏請取止。至五年七月七日。中書門下及兵部尚書張昭遠等奏。其所編集。勒成一部。別有目錄。凡二十一卷。名曰大周刑統。帝卽詔頒行天下。與律疏令式通行。其刑法統類、開成編勅

等。採掇既盡。不在法司行使之限。自來有宣命指揮公事。及三司臨時條法。州縣見令施行。亦不在編集之數。又勅州縣自長官以下。因公事行責情杖。量情狀輕重。用不得過臀杖十五。因責情杖致死者。具事由奏聞。責情杖者。對於輕罪而所下之杖。以使其服罪輸情也。更定杖制。長三尺五寸。大頭闊不過二寸。厚及小頭徑不得過九分。又勅盜經斷後仍更行盜。前後三犯。並曾經官司推問伏罪者。不問赦前後。贓少多。並決殺。凡此者。皆梁唐晉漢周五代所定之法制。夫此五代。名雖五朝。實則共計不過六十年。而又五易其姓。當然無法制可言。故只有沿襲唐代之舊。其如周世宗之能編訂刑統。則已爲難能可貴者矣。

第二節　宋

宋承五代之後。享國之日久。雖一困於遼。再困於金。兵革未嘗稍息。然在國內。則削平羣雄。混一中原。則已遠勝五代。至其法制。則仍沿唐律及五代之舊。其形式雖經更易。而精神實未有所大異。太祖建隆三年。下詔定大辟詳覆法。凡諸州有大辟案。必須申報由刑部詳覆。並下詔。王者禁人爲非。乃謂法令。臨下以簡。必務哀矜。世屬亂離。則糾之以猛。人知恥格。則濟之以寬。竊盜之生。本非巨蠹。近朝立制。重於律文。甚非愛人之旨。自今竊盜贓滿五貫足限者死。竊盜本無死法。至唐德宗時始令竊盜滿三疋者死。

武宗後改令竊盜贓錢一貫以上抵極法。以後降及五季。用法更甚。至周太祖時。始改爲贓滿三疋棄市。回復唐代德宗之舊。宋太祖禪位。初定錢三千陌以八十爲限。至是更定爲贓滿五貫足陌。是已漸近於唐律矣。貫者千錢也。陌者百錢也。五代時。以八十爲一陌。至是始改爲足陌。乾德四年。大理正高繼昌上言。刑統名例律。三品五品七品以上官親屬犯罪。各有等第減贖。恐年代已深。不肖自恃先蔭。不畏刑章。今犯罪身無官。須祖父曾任本朝官。據品秩得減贖。如仕於前代。須有功惠及民。爲時所推。歷官三品以上。乃得請。帝從之。於是凡不仕於本朝者。苟非有大功德於民。不得蔭其子孫矣。然是時宋尚未自訂律文。其所根據。皆爲前朝之舊。其所云刑統。即爲大周刑統。爲世宗所頒行者。猶之民國初元。法制未訂。一切皆仍用前清法制。開寶二年五月。帝以暑氣方盛。深念縲紲之苦。乃下詔兩京諸州令長吏督獄椽五日一檢視。灑掃獄房。洗滌杻械。貧不自存者給飲食。病者給醫藥。輕繫小罪。即時決遣。無得淹滯。八月更下詔。民有父母在而別籍異產者死。僞作黃金者死。十月後犯强竊盜者。郊原不赦。蓋宋帝每三年必冬至郊天。郊天必舉行恩赦。除十惡、殺人、官吏受贓不赦外。餘皆得原。然因是弊端百出。故有是詔。凡在十月後犯强竊盜者。亦一體不得與於郊赦。開寶三年。帝以舊律不特不便行用。且以宋代而用周律。亦非

開國承家之道。因命纂修律文、先定折杖法。凡流刑四。加役流。脊杖二十。配役三年。流三千里。脊杖二十。流二千五百里。脊杖十八。二千里。脊杖十七。並配役一年。徒刑五。徒三年。脊杖二十。二年半。脊杖十八。二年。脊杖十七。一年半。脊杖十五。一年。脊杖十三。杖刑五。杖一百。臀杖二十。九十。臀杖十八。八十。臀杖十七。七十。臀杖十五。六十。臀杖十三。笞刑五。笞五十。臀杖十下。四十三十。臀杖八下。二十。臀杖七下。常行官杖。如周世宗顯德五年制。長三尺五寸。大頭闊不過二寸。厚及小頭徑不得過九分。徒流笞通用常行杖。徒罪決而不役。折杖之制。本始於唐。脊杖一下。折抵法杖五下。臀杖一下。折抵笞杖十下。但脊杖、法杖、臀杖、笞杖。各有大小。不僅杖其背、杖其臀、杖其腿之區別也。而此則不然。所謂折杖者。非折抵也。乃折減也。如依律本笞五十者。則折減為臀杖十下。如本杖一百者。則折減為臀杖二十下。且一以通常杖行之。不分大小。但有杖脊、杖臀、杖腿之區別。唐代杖制。本背臀及腿均受。而笞則以腿受。宋代則為之分別。稱脊杖者杖以背。稱臀杖者杖以臀。且流徒刑各有附加刑。須先加以杖。而後處決流徒。故此折杖法所定。自徒以上。則為一種附加刑之折減。而自杖以下。則為本刑之折減。此折杖法。亦直沿至清末而始廢。又宋代以前徒刑。亦須罰作工役。即所謂輸作。但罪之輕者。亦得免役。至宋則一體免役。此制直至清末。相沿未

改。凡拘入囹圄者。皆不復工作。矣馴至流刑亦不復工作。此皆宋代有以啓之。至四年。命大理寺重定刑統。計三十卷。削去舊有令式宣勅一百九十。增入制勅十五。又錄律內餘條準此者凡四十四條。附於名例之次。其後又別取格令宣勅之削出及後來續降要用者凡一百六條。編爲四卷。名曰新編勅。其簡革一司一務一州一縣之類。不在其列。與刑統並行。因頒各道州縣施行。是即宋代所訂之法制。宋代法制。其分類與唐相同。但較唐爲尤多。其種類有四。一曰勅。即唐代之所謂律也。蓋以律尚不足以周事情。故凡律所未載者。則一斷以勅。而以律與勅併而爲一。凡笞杖徒流死五刑。由名例以迄斷獄。凡十二門。一屬於其內。所謂十二門。則唐代之舊。一曰名例。二曰禁衛。三曰職制。四曰戶婚。五曰廐庫。六曰擅興。七曰賊盜。八曰鬥訟。九曰詐僞。十曰雜律。十一曰捕亡。十二曰斷獄。死刑有二。一曰斬。一曰絞。但依宋代史冊所載。則於斬絞而外。更有凌遲者。先斷四肢。後斬其首。特不見於刑統。流刑有三。輕者爲二千里。較重者二千五百里。最重者三千里。徒刑五。分一年、一年半、二年、二年半、及三年。杖刑亦五。由六十以至一百。笞刑罪五。由十以至五十。但以折杖法施行。故其於執行時。一依折杖法處決。如杖一百者。僅杖二十。笞五十者。僅杖十。是在刑統上雖與唐代相等。而言其實在。則較唐代爲省刑多多矣。不過唐代流徒之附加

刑。至德宗時已爲廢除。而此則又爲恢復。一律須附加以杖。且遇流刑。更有刺面之制。卽於其面頰上刺以文字。則與唐代大相異趣矣。但唐代流徒刑皆須工作。而宋代則唯流刑有之。徒刑則概不輸作。此又相異者也。至贖刑則亦較唐代爲嚴。除八議外。如官蔭減贖之條。已大加刪革。而職官之犯罪者。如爲公罪。則許以贖。如爲私罪。概不在聽贖之列。但宋代遇事常赦。除大赦外。又有郊赦、常赦、曲赦等區別。郊赦者。每三年一次。凡於郊天時肆行之赦免也。常赦者。尋常之赦免也。曲赦者。對於某一州或某一路而特予以赦免是也。此外。又有所謂德音。或雜罪死減等。而餘罪釋之。或流以下減等。而笞杖釋之。此亦赦免之一種。故宋代各帝。無一不以赦免爲急。王安石秉政。雖竭力反對赦免。然卒無效。一年一赦者有之。一年二赦者有之。甚至有一年而數赦者。此實大壞司法之精神。法律之爲用。在懲惡而勸善。今旣屢屢赦免。則惡者無所懲。而善者亦無從勸。國家法律。尙復何用。雖除大赦外。其所赦免者。悉有一定之限制。然其爲破壞法律則一也。又宋代法制。每一帝必修訂一次。甚至一年一修改者。蓋皆以詔勅爲斷。故天子隨時可頒勅以變易法律。而法律亦全失其固定性。太宗卽位。命諸州大索知天文術數人。送闕下。匿者論死。又勅庫藏敢變權衡以取羨餘者處死。私習天文卜相者亦處死。江南諸州私鑄小錢者。亦處死。而

諸州所送天文術士。攷試合格者。隸司天臺。而不及格者。悉配海島三年。並條纂太平興國編勅十五卷。頒行天下。其時帝又勅流人皆遣南方。停止流送西北。蓋在太祖時。凡流人皆配隸西北邊也。然以是多亡命投至塞外。誘羌戎爲患。故有是勅。後又勅配役者分隸鹽亭役使。先是配役者多配隸登州沙門島及海州海島。皆屯兵使者領護。而通州島中。計有兩處。豪强難制者。則隸崇明鎭。而懦弱者。則隸東布州。兩處悉管煮鹽。至是始令配役者分隸鹽亭役使。然流於沙門島者則如故。更詔中外臣庶。有子弟素懷凶險。屢戒不悛者。尊長聞諸州縣。錮送闕下。配隸遠方。如隱不以聞。坐及期功以上。並詔職官以贓致罪者。雖會赦不得敍用。更勅竊盜滿十貫者。奏裁。七貫。決杖刺面。隸本城。五貫。配役三年。三貫二年。二貫一年。他如舊制。雍熙三年。又更定法制。凡斷獄失入死刑者。不得以官減贖。檢法官判官皆削一任。但檢法官仍得贖銅十斤。長吏停任。端拱二年。勅免嶺南流配荷校執役。婦人有罪至流者。免其配役。淳化元年。勅京城犯賭博者。處死刑。三年。勅江南兩浙荆湖吏民之配嶺南者。概還本郡禁錮。至道二年。勅川峽諸州民家藏兵器者。限百日悉送官。匿不以聞者斬。父母在而別籍異財者。依律處斷。免予處死。此皆太宗對於舊法而加以變易者。又太宗對於審判制度。非常重視。宋制以御史臺司最高法院之事。大理寺幾

同盧設。地方則由司寇院任之。太宗太平興國三年。改司寇院爲司理院。改司寇參軍爲司理參軍。令於參部中選歷任清白能折獄辨訟者爲之。又置判官一員。由各州於牙校中擇其通曉法律者任之。有不稱職者。則坐其長吏以下。其後又詔諸州察司理參軍有不明推鞫。致刑獄淹滯者。具名以聞。蔽匿不舉者。罪之。但中央則一仍舊制。至淳化元年。令刑部定置詳覆官五員。專閱天下所上案牘。勿復公遣鞫獄。又置御史臺推勘官二十人。並以京朝官充任。若諸州有大獄。則乘傳就鞫。二年。又置諸路提典刑獄司。命參官主之。官內州府。十日一具囚帳供報。更於禁中置審刑院。兼置評議員六員。凡獄具上奏。先由審刑院印訖。以付大理寺刑部。斷覆以聞。然後再下審刑詳議。議定覆奏。以付中書。當者卽下。不當者。宰相復以聞。更下詔各州長吏。每五日一慮囚。情得者。卽決之。如繫囚證左明白。悍拒不伏。合訊掠者。集官屬同訊。不許拷決。此蓋禁止刑訊也。刑訊本非人道。且非決獄之道。太宗毅然禁止。誠得其正。惜乎後世未能奉行。直至有清而未已。此誠可爲浩歎者也。太宗又建三限之制。大事四十日。中事二十日。小事十日。有不須追捕而易決者。不得過三日。又令諸州笞杖亦不須證佐者。長吏卽決之。勿復付所司。蓋宋代審判制度。其民事雖與唐同。而刑事則與唐稍異。於州以上。更設有路。每路設置提典刑獄司。以覆斷州縣

之重罪者。即元明清按察司之權輿。即由縣而州而州而路。唐代州以上亦設有道。然道之職掌。只在監察。甚少直接審斷刑獄者。至宋則重罪必須由路覆訊。縣則由縣令任之。州則有司理參軍及判官審之。而由州太守監察。其在中央。則由刑部及大理寺覆核。蓋在徒罪以上。必須由各路提典刑獄司申送中央。不得擅專也。淳化三年。又令諸州決死刑。有號呼不伏及親屬稱冤者。即以白長吏移司推鞫。至道二年。又勅大理寺所決天下案牘。大事限二十五日。中事二十日。小事十日。審刑院詳覆大事十五日。中事十日。小事五日。此皆宋太宗時所定之各種法制也。至眞宗時。又編勅一萬八千五百五十五條。删定二百八十六條。爲十一卷。又別爲儀制令一卷。然亦旋頒旋以詔勅變易。咸平三年。以浙江荆湖廣南邊地。凡强盜及持仗不死者并捕其屬至京師。多殞於道。因下詔自今止決杖刺面。配所在五百里牢城。四年。令諸州置病囚院。持仗刼賊流徒以上有疾者處之。餘悉責保於外。六年。勅有盜主財者五貫以上杖脊刺面配牢城。十貫以上奏裁。不許私自刺面。舊制士庶家僮僕有犯。或私行刺字於面。帝以今之僮僕本傭雇良民。故特勅禁止。又詔民間天象器物讖候禁書。並納所司焚之。匿不以言者死。大中詳符二年。詔御史臺開封府及在京凡有刑按之處。特置司糾察。凡徒以上罪。即時具收禁移報。內有未盡理及淹延

者。追取款詞。詳閱駁奏。蓋專以糾察司法官者也。四年。詔自今決杖令衆者。舊十日減爲三日。半月以上。勿過五日。暑月免之。又舊制諸州長吏有罪。恐爲訴訟。卽投牒自首。雖情狀至重。亦以例免。七年。特勅自今如實未有顯露。卽以狀報。如格當原免。否則一體如律。天禧二年。上封者言。今斷天下之獄。皆在大理。詳天下之法。總在審刑。二者。海內之準繩也。且今之律令。則具有明文。制勅。則常有變更。凡定罪之要言勅則多指故失。言罪則皆坐公私。四者定刑。輕重殊邈。犯情輕而判法重。則近舞文。按狀重而處條輕。則爲失實。此之審克。尤在盡心。入私則犯徒追官。爲公則贖金記過。稱故則不得末減。稱失則例有降差。法官臨事裁處。旣無看定。深慮差殊。應令將公私罪名。參詳畫一。其違制稱失者。亦須詳審失錯情輕者明件條奏。使不能因緣爲姦。輕重其法。杜其萌漸。實在於此。因詔審刑院大理寺刑部及開封府會同議定奏聞。後法官參詳。自今捕盜掌獄官。不稟長吏而擅囚不甚傷而得情者。止以違制失公坐。過傷而不得情。挾私拷決。有所規求者。以違制私坐。又捕盜官有捕捉稽時。不卽聞州者。咸以違制論。罪涉太重。望令犯者。以違制失論。又律分公私罪。私謂不緣公事。私自犯者。雖緣公而不吐實情。心挾隱蔽。亦同私罪。公謂緣公事致罪而無私者。雖私曲相強。公事得正。違法猶以公坐。望令斷獄。並以上文審定。又律有被制

書有所施行而違者。徒二年。失錯者。杖一百。今後法官斷罪。除每行條貫乞勅指定違制外。其餘情輕失錯者。止從違制失論。其公私相半而私情重者。奏裁。帝卽從之。頒示天下。又勅命官犯贓。不以輕重。並劾擧之。私罪。杖以下勿論。此則眞宗時之法制也。眞宗在咸平中所頒行者。只有十五卷。計二百八十六條。又儀制令一卷。當時人民稱便。然至大中祥符七年。又增三十卷。計一千三百七十四條。號曰祥符勅。又有景德農田勅五卷。與勅並行。至眞宗崩。仁宗卽位。勅文已有六千餘條。因於天聖四年。命百官刪定。取咸平儀制令及制度得束之在勅者五百餘條。悉附於舊令之後。號曰附令。更將祥符勅合農田勅併而爲一。減損百有餘條。號曰天聖勅。其麗於法者。大辟之屬十七。流之屬三十四。徒之屬一百六。杖之屬二百五十八。笞之屬七十六。又配隸之屬六十三。大辟而下奏聽旨者七十一。此則皆在律令之外。然仁宗猶恐行之未便。聽諸路閱視。各條陳意見。須一年無改易。然後鏤版。因遲至明道元年。乃始頒行。一面又令天下。凡死罪情理可矜及刑名疑慮者。具案以聞。有司毋得擧駁。六年。更詔凡笞杖輕罪。概不覆核而徒刑以上。雖不繫獄。悉須附奏。是時陝西旱災。因詔凡持仗刧人倉庫非傷主者。減死。刺隸他州。非首謀者。又減一等。又詔京城持仗竊盜得財。爲錢四千。亦刺爲兵。因是宋代盜法。唯京城加重。餘悉從寬。但凌

遲之制。亦卽至是而始。詔荊湖等地。有殺人祭鬼者。自今首謀若加功者。凌遲處死。募告者。悉畀犯人家貲。捕殺者。重其賞。是凌遲之刑。卽復於仁宗之世。初尙行於荊湖。且限於殺人祭鬼之罪。以後則逐漸擴充。普行於各地各死罪。直至有清末季。而始廢止。作俑之罪。仁宗無所逃矣。嘉祐年。又頒行嘉祐編勅。神宗卽位。王安石秉政。大創變法之議。所頒之新法制。則有青苗法。保甲法。互易法。合計不下十餘種。但皆偏於行政方面之制度。而於司法方面。甚少變更。據史所載。神宗熙寧元年。詔命京兆官分治左右廂。凡鬥訟杖六十以下。情輕者。得以專決。又詔謀殺已傷。按問欲舉自首。從謀殺減二等論。二年。下詔凡命官有犯徒罪者。免予杖刺。三年。詔決配强盜。無以全黨置之一路。時中書上刑名未安者有五。其一爲歲斷死刑。歲二千人。比前代殊多。如强刼盜。並有死法。其間情狀輕重。有絕相遠者。使皆抵死。良亦可哀。若爲從情輕之人。別立法制。如前代斬右趾之比。亦足止惡而除害。禁軍非在邊防屯戍而逃者。亦可更寬首限。以收勇力之效。其二爲徒流折杖之法。禁網加密。良民偶有抵冒。致傷肌體。爲終身之辱。愚頑之徒。雖一時創痛。而終無愧恥。若使情理輕者。復古居作之法。遇赦第減月日。使良善者知改過自新。凶頑者有所拘繫。其三爲刺配之法。二百餘條。其間情理輕者。亦可復古徒流移鄉之法。俟其再犯。然後決刺充軍。

其配隸並減就本處與近地。凶頑之徒。自從舊法。編管之人。亦迭送他所。量立役作時限。無得髠鉗。其四爲令州縣考察士民。有能孝悌力田爲衆所知者。給帖付身。偶有犯令。情輕可恕者。特議贖罰。其不悛者科決。其五爲奏裁條目繁多。致淹刑禁。亦宜刪定。而當時韓絳曾布請復肉刑。文彥博亦上書請改定法制。帝下詔付編勅所詳議。編勅所者。卽刪定一切詔勅。以著爲令則之機關也。其職權等於今日之法制局。專司刪編勅令之事。故凡有詔勅或奏讞。悉以付之。用備異日編勅時之去取。然所奏皆未實行。又律文有重罪併滿輕贓一條。此本唐律舊文。但自來法官。對此各異其見解。神宗因詔審刑院及大理寺核議。結果從大理寺議。並頒行天下。其議曰。律稱以贓致罪。頻犯者並累科。若罪犯不等者。卽以重贓併滿輕贓。各倍論。累併不加重者。止從重。蓋律意以頻犯贓者。不可用二罪以上之法。故令累科。爲非一犯。故令倍論。此從寬之一也。然六贓輕重不等。若犯二贓以上者。不可累輕以從重。故合併重以滿輕。此從寬之二也。此舉實與現代最高法院統一解釋法令之制度相脗合。蓋遇法令上有疑義者。不得不有以解釋之。否則將無所適從。必至人各一說也。四年。令盜賊囊橐停宿之家。立重法。凡劫盜罪當死者。籍其家貲。以賞告人。妻子編置千里。遇赦若災傷減等者。配遠惡地。罪當徒流者。配嶺表。流罪會降者。配三千里。

籍其家貲之半爲賞。妻子遞降等有差。應編配者。雖會赦不移不釋。囊橐之家。劫盜死罪情重者。處斬。餘皆配遠惡地。籍其家貲之半以賞。盜罪當徒流者。配五百里。籍其家資三之一爲賞。竊盜三犯。杖配五百里。三年。詔登州沙門島寨配隸。原以二百人爲額。餘則移置海外。非禁姦之意。今後改以三百人爲額。又詔流人冬寒被創上道。多有凍死。自今非情理巨蠹。過冬月聽留役本處。至春發遣。又詔邊吏。殺熟戶以邀賞者。處死。七年。詔品官犯罪。按察之官並奏劾。聽旨。毋得擅捕繫。九年。詔以交趾犯順。應配廣南東西路罪人。並權配三千里外。同時並頒行熙寧編勅。其後元豐元年。帝以大理獄廢止後。一切罪犯。悉置開封府獄。囚既猥多。難以論訊。盛夏疾疫。易致病斃。或主者異見。輒淹歲時。殊非所宜。因恢復大理獄。置卿一人。少卿二人。丞四人。專主鞫訊。核法官二人。主簿一人。諸寺監吏犯杖笞不俟追究者。聽即決。餘悉送大理獄。其應奏者。並令刑部審刑院詳斷。天下奏案亦上之。宋初法制。刑部審刑院及大理寺。主斷內外所上刑獄。與凡法律之事。又有糾察司在京刑獄之事。自是大理獄恢復後。糾察及審刑院皆省。而歸其職於刑部。四方之獄。凡非奏讞者。則提典刑獄主之。官司之有獄者。在開封則有府司及左右軍巡院。在諸司則有殿前馬步軍司。外則三京府司左右軍巡院。諸州則由司理院。而以大理寺爲最高級法院。凡

天下刑獄之應奏讞者。以及京師之犯流徒以上罪者。悉歸於大理。左斷刑。右治獄。斷刑則由檢法官評事及丞詳斷。治獄則丞專推劾。主簿掌案籍。此爲宋代審判制度之改革。其後哲宗元祐三年。雖仍一度復古。將大理獄廢罷。然至紹聖年而復設。以迄於宋末。二年。編勅所上新修勅。因分勅令格式爲四。蓋在神宗以前。所有法制。一依唐之舊。分律令格式四種。而所謂律者。猶即用周世宗之大周刑律統類。不過隨時以勅變更之。故每帝必修訂勅一次。以頒行天下。用補律之不足。初則律爲主。而勅爲輔。其後更改既多。幾幾只知有勅而不知有律。神宗時因將舊律廢除。而分爲勅令格式四種。其勅曰元豐勅。蓋以修訂頒行。在元豐年也。神宗聖訓曰。禁於未然之謂勅。禁於已然之謂令。設於此以待彼之至謂之格。設於此使彼效之謂之式。凡入笞杖徒流死。自名例以下至斷獄十有二門。麗刑名輕重者。皆爲勅。自品官以下至斷獄三十五門。約束禁止者。皆爲令。命官庶人之等。倍令分奮之給。有等級高下者。皆爲格。表奏帳籍關牒符檄之類。有體制模楷者。皆爲式。宋之法制。自此完備。其後雖數有修訂。然大體悉循用之。故宋代法制。實完成於神宗之時。此言宋代法制史者。不可不知之者也。然神宗所頒之勅令格式。仍多用舊文損益。其所以損益之意義。則具載於看詳卷。所謂看詳卷者。即說明舊律去取之意義。而藏之有司。以

備參照者也。然司法官多未能注意及此。因於七年詔勅天下。凡議法之官。於勅令文意有疑者。須參以看詳參定奪。八年又下詔。自今諸州鞫訊强盜。情理無可愍。刑名無疑慮。而輒奏請。由刑部一體舉駁。不得用例破條。蓋事須奏請者。必於法律上有所疑。若無所疑。卽應依法處斷。何得奏請。卽或有成例可援。而例爲偶然之事。不能以破律。同時並罷就配法。依舊制行。所謂就配法者。亦由神宗所定。以流人去鄉赴遠。往往致死。而護送禁卒。往來多費。因改爲就配。卽以犯罪人隨所在地配諸軍重役。然自是而後。往往私自報仇。因有是律。並詔犯盜者。刺環於耳後。徒流以方杖以圓三犯杖。則移於面徑不得過五分。此則神宗時之法制也。哲宗踐位。新法悉廢。然對於司法。則無甚變更。只將大理寺治獄罷去。仍復舊制。但於開封府多置判官一員。並設推勘法官。以治在京錢穀事務。然不久又恢復大理寺治獄。制至法典部分。則於元祐元年。卽刊修元豐勅令格式。將舊勅令參照去取。略行刪正。頒行天下。不得輕重。據當時御史中丞劉摯上言。謂舊制載於勅者。後於元豐編集律令格式時。多移之於令。蓋以違旨之罪重。違令之罪輕。正見仁厚之德。乃有司不能廣。反增多條目。離析舊制。用一言而立一法。因一事而生一條。意苛文晦。不足以該事物之情。行之幾時。蓋已屢變。今所續降者。半歲一頒。無慮數帙。實非所宜。因是有刊修之

舉。然一方雖刊修頒行。一方仍隨時多所改革。五年下勅。自今凡佃客犯主。加凡一等。主犯之。杖以下勿論。徒以下減凡人一等。謀殺盜詐及有所規求避免而犯者。不減。因毆致死者。不刺面配鄰州。情重者奏裁。六年。令凡諸配隸沙門島强盜。殺人、縱火、贓滿五萬錢、强姦、毆傷兩犯至死、累贓至二十萬錢、謀殺至死者。及十惡死罪、造蠱已殺人者。不移配。强盜徒黨殺人不同謀。贓滿二十五萬。遇赦移配廣南。溢額者。配隸遠惡地。餘犯遇赦。移配荊湖南北福建路諸州。溢額者配隸廣南。在沙門島滿五年。遇赦不該移配與不許縱還而年及六十以上者。移配廣南。在島十年者。依餘犯格移配。篤疾或年及七十在島五年以上。移配近鄉州軍。犯狀應移而老病者同。其永不放還者。各加二年移配。七年下勅。自今失出死罪五人。比失入一人。失出徒流罪三人。比失入一人。紹聖時。詔配沙門島人已溢額者。並配瓊州萬安軍及昌化珠崖軍。並定爲令。時章惇爲相。力主恢復熙寧新法。對於元祐諸臣之廢罷新法者。大加譴責。因治同文館獄。專以治元祐諸臣者。元符元年。更置看詳元祐訴理局。訴理局設於元祐時。專申理熙寧時有所冤濫者。因是凡得罪於王安石新黨者。咸爲除雪。至是反動起來。因設看詳元祐訴理局。專申理舊案。凡從前訴理局所平反者。悉爲推翻。仍依原案科決。此以政治之爭而牽入司法。亦司法不獨立之弊害也。三

年。詔强盜計贓應絞者。贓數並增一倍。贓滿不傷人而情輕者。奏裁。其用兵杖湯火之類傷人。及殘虐主家情狀酷毒。或汚辱良家。或入州縣鎭寨行刼。不在奏裁之限。此舉實深合近代法理。蓋不僅重結果兼重行爲也。又罷司法官失出之罪。於是司法官只失入有罪。失出無罪矣。此哲宗時之法制也。降至徽宗。對於法制。亦當然有所變易。蓋宋代無一帝不修訂法律也。其中有可注意者有數事。其一崇寧元年詔取歷代所用例。以類編修。凡與法妨者。悉去之。蓋以司法官所守者法。法所不載。而後用例。不能引例而破法。因有是舉。是實合於罪刑法定主義。其二崇寧三年。詔各州縣仿周官司圜之法。令諸州築圜土。以居强盜貸死者。此實近世牢獄之制。原來昔日之徒刑。與現日之徒刑。名同而實異。所謂徒者。即發本省驛遞應役是也。在古代謂爲輸作。其與流異者。流則發配遠方。徒則近在本地。但亦有徒而不作工者。至徽宗時。始定圜土之制。晝則役作。夜則拘之。視罪之輕重。以爲久近之限。限滿許出圜土充軍。無過者縱釋。其三大觀三年。更定笞法。凡笞者悉用小杖行決。笞十者決五。二十爲七。三十爲八。四十爲十五。五十爲二十。不以大杖。其後重和元年。又更定其制。徒二年半杖九十者折十七。徒二年杖八十者折十五。徒一年半杖七十者十三。徒一年杖六十者十二。笞五十者十。笞四十者八。笞三十者七。笞二十者六。笞十

者五。其四嚴禁非法刑訊。凡品官及宗室三問不承。卽奏請追攝。若果情理害重而拒隱者。方得枷訊。不許輒加捶楚。並禁止非法刑訊。其五詔立緊問審錄之限。死四五日。流罪三日。杖笞一日。其六詔州縣官須親自聽囚。若使吏鞫訊者。徒二年。此實爲後世州縣官親自鞫訊之所始。在宋以前。州縣皆設有治獄之官。以佐州縣官。故以州縣官爲長吏。然因此爲州縣官者。對於刑獄。多不自問而一委於屬下。然尚有佐貳以治其獄也。宋代州雖有司理院。而縣則無之。於是爲縣官者。往往委吏鞫訊。因有是詔。於是沿至元明清。皆以州縣官爲治獄之官。除錢債事務外。雖有佐貳。無故亦不許代訊。其七大觀四年。詔河北河東。羣盜所經歷縣。及十次以上。知縣降一官。衝替。縣尉降一官。勒停。不及十次。知縣衝替。縣尉勒停。此制沿用於後代。直至清末而未廢。其八大觀八年。詔凡州縣推勘強盜。不得輕以止宿林野爲詞。不究囊槖亦會之家。犯者各徒二年。不盡者減二等。其九政和五年。詔今後不法官吏。已爲按察官所劾。而輒論告按察官者。雖指斥等事。亦候結斷畢再推勘。如不實。誣告人特於法外別行重斷。其十定編配法。政和時曾定有編配格。所謂配者。卽流刑是也。此格分情重稍重情輕稍輕四等。以分配所流之遠近。徽宗在位二十六年。其所變更法制者。當然不止此數。而此十者。實爲犖犖大端。且與後世有巨大之關係。此則研

究宋代法制者。應知之者也。

宋代南渡。北亡於金。凡黃河以北。均非宋有。然以正朔相承。故史家仍以正統目之。猶之蜀漢之與漢。東晉之與晉。至其法制。當然一本前代。但其所變更者。亦不爲少。此本宋代舊制。每更易一帝。必修訂法制一次。此固沿唐代之舊。不過在唐代則所修者多格式。而宋則以廢律用勅。故所修者反重在勅。蓋在唐代。天子所頒之勅。不問屬於何種。大概於編訂時悉編入於格。故自中唐而後。格已奪律之席。而宋代則以勅名。故修訂者亦卽爲勅。其名雖異。而實相一致也。此外更有所謂指揮者。卽尚書省刑部大理寺等臨事發布之一種指令。用以解釋法律條文者。此在唐及五季時卽已有之。不過其效力甚薄。只對所指之事發生效力。至宋則幾幾與勅格並行。蓋卽所謂例也。有時且引例以破律。駕於勅令格式之上。以故宋代法制。幾幾無歲不有變更。高宗卽位。關於法制有所改革者。計有數事。其一定枷杻之制。所有枷杻須依式檢校。枷以乾木爲之。以輕重刻識其上。不得留節目。亦不得訂飾及膠筋之類。上用火印。從官頒給。而杻鉗鎖杖。亦各如律。不得微有增損。暑月每五日一濯枷杻。禁囚因得少休。刑寺遇浣濯之日。輪官一員。躬親監視。州縣獄犴。不得輒爲非法之具。違者論如律。其二劃一法令。熙寧中神宗勵精爲治。

勑修法律。曾頒有熙寧勑令至元豐年又頒元豐勑令格式。以後元祐時又重修勑令。以後衝前。以新改舊。各自爲書。而刑書寖繁。高宗因下詔。自後凡一切訊斷。並遵用嘉祐條。如嘉祐條與現行條法輕重不等者。則罰從輕。賞從重。蓋參用仁宗時之勑令也。又詔靖康元年正月一日以前所降御筆。多出於法令之外。依累降指揮施行。其餘減杖卹刑之類。並合遵守。蓋以靖康前蔡京秉國所降御筆。多不依法。故有是詔。用爲釐正。更於紹興二十六年下詔。凡一切都省指揮。應查照勑令看詳可削則削。毋與勑令混淆。蓋用以禁止用例破法也。其三嚴懲贓吏。建炎四年下詔。凡官吏犯贓。卽依法得以免死。而杖脊流配。決不可貸。又詔贓罪至死者。籍沒其家。十一年又定監司不按贓吏罪。其四定審判監獄之制。紹興十一年。下詔禁州縣以私意籍犯人家貲。五年又詔各路州縣。凡囚人患病者。須依條醫治。舉行歲終比較計分斷囚法。一歲中囚無病死者。各轉一官。如有病死。依分降職。十年。又詔諸獄並一更三點下鎖。五更五點開鎖。違者杖八十。獄官令佐不親臨及縣令輒分輪餘官。並徒一年。知通監司覺察按劾。而官吏誤決重囚者。皆寘重典。其五更定法典。紹興時曾頒行紹興勑。對於舊法。多有更易。而又頒定盜法。紹興三年。更下詔捕獲強盜。雖無被主姓名。贓滿已經論決者。許推二十四年。詔諸路州軍有編管之人願充廂軍者。

聽。三十年又令海賊罪不至死者。刺爲龍猛龍騎軍。又令諸路貸死强盜。少壯者爲兵。此皆高宗南渡後所定之法制也。孝宗時又有變易。乾道二年。首頒乾道新編特旨斷例七十卷。六年。重修勅令格式一百二十二卷。存留照用指揮二卷。名曰乾道重修勅令格式。淳熙十四年。又詔修訂政和編配格。以分別刺配。情重者。則刺面。用不移不放之格。稍重者。止刺額角。用配及十年之格。情輕者。則免予刺字。用不刺滿役放還之格。稍輕者。則降爲居役。別立年限縱免之格。倘有從坐編管。則置之本城。減其放限。原來編配。本屬於流刑之列。自有一定。而神宗以降。以流有不足以蔽辜者。因將減死者改爲刺配。放於登州沙門島及海州崇明島等地。宣和時更定法制。分其等級。定其放限。又別其路程。於是於笞杖徒流及死刑外。更有刺配之一刑。較死刑爲輕。較流刑爲重。其後明代因之。而有發遣及充軍之制。清代因之。而有遣刑之設。悉本於宋之刺配。蓋實五刑外之刑罰也。其外乾道四年。曾頒行笞杖令。凡大小輕重。須一依法制。不得以私意易。凡訊囚合用荊子。一次不得過三十。共不得過二百。所用笞杖。悉須當官封押。不得增添換易。更不得過數。蓋州縣訊囚。往往不用荊杖。而用藤條。或用雙荊合而爲一。或鞭股鞭足。至三五百。故有是令。更頒行刑名斷例。名曰乾道刑名斷例。以輔乾道重修勅令格式之所未備。淳熙元年。又頒檢驗

格目於諸路提刑司。以澄清檢驗之弊。凡州縣每一次檢驗依立定字號。用格目三本。一申所屬州縣。一付被害之家。一申提典刑獄司。並改善刺配法。凡編配者。不專放海外及嶺南遠惡之地。分隸兩淮水軍收管。又以舊制未善。重修勅令格式頒行。是曰淳熙新編勅令格式。此則孝宗時之法制也。此外驅逐出境之制。亦創於孝宗之世。宋代刑名。本沿唐制。只有笞杖徒流死五等。其後凡貸死者。以爲流徒未免太輕。於五刑外特設刺配。使之遠離鄉井。然同一刺配。又分配隸、羈管、及編管三者。配隸者。配爲軍役或皂隸也。羈管者。配入軍營中作役者也。編管者。由地方官編入冊籍使之作役者也。此皆定有條文。以編管爲最輕。配隸爲最重。然司法官遇有地棍惡徒。往往施法外之威。創爲押出外界之條。所謂押出外界者。卽驅逐出境是也。在地方官只求此人出籍後本地方上可少一凶徒。然既顯違法律。而又使被逐者蕩析離居。浮游失所。既不給以工作。又不監督其自由。勢必爲害愈甚。蓋刺配之法。雖嚴尙有官吏以監督之。且有工作以給之。而此則一無所有。非轉乎溝壑。卽爲盜爲匪。在北宋時。此例尙少。至南宋則竟盛行。幾幾成爲法條。苟有凶惡者。卽押解出外。然此制究以害多利少。至寧宗時而卽禁止。但在上者雖下令禁止。而在下者仍有私自行之者。沿至元明清而未全絕。卽降至民國。如上海英法兩租界。在會審公廨

未改組正式法院。前亦往往有將犯罪人驅逐出境者。此實宋代之遺制也。孝宗又以州縣遇有刑獄。一方申報刑部。一方又申報提刑司。而提刑司認有不合者。更須審核。再行詳部。於是州縣必俟提刑司回報後。始行申部。未免淹滯。因令各路州軍凡合應奏者。州郡徑自照條申報奏聞。不必俟提刑司回報。又定强盜六項死罪之制。六項者。爲首、下手傷人、下手放火、行姦殺人、加功、曾貸命再犯。凡强盜有此六項之一者。即行處死。即脅從之人。苟犯强盜二次以上者。亦與六項相同。光宗踐位。享國僅五年。對於法制。無甚變更。紹熙二年。僅詔凡凶惡貸死隸於流籍者。分沿江諸屯及他遠惡之地。毋專投海外。又詔監司郡守互送者。一律以贓論。三年。詔刺沿邊盜爲禁軍。又令凡刺配人至本州。務依年限。方許放停。如限內再有所犯。撥入屯駐軍中重役。永不復放。其後寧宗即位。首廢押出外界之條。但又增設一遞解回籍之制。凡他郡作過之人。准地方官將其勒歸本貫。此即後世客民遞解回籍之制。沿及元明淸而未有已。然以官權太重。故法治不敵人治。驅逐出境之條未盡除。而又增設一遞解回籍之制。兩者相輔而行。此誠可痛也。此外寧宗又嚴禁私和命案。凡有殺傷人。如都保不爲申官。州縣不差官檢覆。及家屬受財私和。許各色人等告首。並合從條究治。其行財受和之人。更合計贓論。蓋是時遇有大辟之案。行凶之人。鄰保

或逼令自盡。或游説被死家屬。賂之財物。私行了結。以圖省事。而官吏亦抱多一事不如少一事之意旨。故縱不問。因有是令。同時又詔頒刊印檢驗正背人形圖。關於檢驗一事。州縣官舞弊甚多。往往以重報輕。以輕報重。孝宗時曾頒檢驗格目。然猶未足以盡。至是再頒檢驗正背人形圖。於損傷處。依樣朱紅書畫橫斜曲直。並唱喝傷痕。令罪人共同觀看所畫圖本。雙方無異。然後着押。十三年。又詔凡在官財物。不應用而用之。依律科坐贓罪。自今私自入己者。則爲贓論。私自饋送者。則爲私罪。用充公用者。則爲公罪。創始者爲首。坐以全罪。循例者爲從。與減一等。時又詔臣下重修法制。於慶元四年。頒行慶元勑令格式。凡一百二十卷。蓋以淳熙勑令格式。多有未詳。故重行修訂。開禧時。又詔官吏犯贓。追還所受。仍如舊法。並嚴申告許之令。而禁止押出外界及許遞解回籍。亦卽於是時行之。此後更詔坑戶毀錢爲銅者不赦。仍籍其家。並頒行開禧刑名斷例。蓋仿孝宗時之乾道刑名斷例而設也。夫寧宗在慶元四年。既已頒行勑令格式。予天下以共守。乃不及數年。又頒行刑名斷例。是可見勑令格式之效力。仍有未至。處處創設例以破壞之。凡歷次丁寧告誡。有律不許引例者。悉成廢話。法律之權威。仍不及天子之一紙詔書。甚者不及都省之一道指揮。但其中亦有屬於解釋法律者。如開禧元年。知衡州張訢奏稱。國家斷獄。備極詳

審。苟有疑慮。奏裁別推。又有殺人無證一條。註云。殺人屍不經驗與無證佐者。若勘鞫證佐逃死及雖有證而於法不許爲證者。同。夫屍不經驗與證佐逃死。事因顯然。往往州郡引用失當。遂致牴牾。蓋謀殺刼殺。則有佐而無證。鬥殺故殺。有證而無佐。夫謂之證者。旁證之謂也。謂之佐者。助己之謂也。曰證曰佐。自是二事。苟有其一。皆可以表殺人之然否。至於不許爲證。正謂殺害人親屬人等。慮其私於黨與。法故不許。近日曲法者。凡是重囚。多依無證具奏。且行凶之時。相助協力。到官之後。自相供通。謂之有佐可也。何必更求有證。至如行凶之人。親屬旁援到官。固無由證之理。例拘親屬不許爲證。承舛襲訛。寖失本意。請行下刑寺及諸路。自後不許將無證有佐無佐有證之獄入疑慮。其解釋律文中證佐之處。至詳極當。然亦可見當時司法官之對於律文。甚少有悉心研究者。使例而悉如是。則例不特不足以破壞法律。更足以顯法律之效力。而毋奈如此等例者。十不得其一也。嘉定四年。詔諸路帥臣監司守令。格朝廷振恤之令及盜發不卽捕者。重罪之。六年。詔毀錢爲銅者。免籍其家。蓋又變易開禧二年之詔勅也。十六年。詔凡檢驗不實或失當。不許用覺舉原免例。並依舊法施行。所謂覺舉原免者。卽自首免罪也。此則寧宗時代之法制。迨至理宗。於卽位後。卽詔刪修勅令。計頒行淳祐勅令格式。又以其散漫。另爲之分門編類。名曰

淳祐條法事類計四百三十篇。蓋孝宗淳熙時亦曾有舉也。淳祐二年。詔今後州縣官有罪。諸帥司毋輒加杖責。蓋以宋代南渡後。武官之權較重。對於州縣官。往往不依法制。輒用杖責。始尚一二。繼竟習以爲常。故有是詔。又詔自今官吏犯贓。併籍其家。十年。又下勅禁止杖脊。寶祐五年。禁姦民作白衣會。監司郡縣官失覺察者。坐罪。景定四年。詔禁在京置窶柵私繫囚。幷非法獄具。蓋是時刑訊之制。又大盛。州縣官訊囚。往往濫用私刑。有掉柴、夾幫、腦箍、超棍。等種種名目。限時勒招。催促結款。甚至戶婚錢債訴訟。亦擅爲收禁。有飲食不充。飢餓而死者。有無力課求。遭吏卒凌虐而死者。有爲對造賂遺。苦楚而死者。懼其發覺。先以病申。名曰病死。實卽殺之。故有是詔。然於此可以見民事訴訟。在古代本已不許將被告人羈押。視與罪囚相等。不必待今日民刑法分別時代。而始將民事被告與刑事被告分別其待遇也。此則有宋一代之法制也。

第三節　遼金

遼本契丹。初以遊牧爲生。凡一切典章制度。無一具備。蓋尚未脫野蠻時代也。其後至太祖。始模仿中國。有法制之頒行。其內容亦十之七八。襲自中國。在太祖以前。非無法制也。大概不脫報復主義。極慘

酷而無人道。且依習慣以行。並無一定之制度。又遼以用武立國。故法頗嚴峻。且文化不足。更尙迷信。凡出師祭告先祖。必以人爲犧牲。例取死囚一人。置所向之方。以亂矢射之。名曰射鬼箭。以祓不祥。班師亦如之。又有車轘、支解、梟首、砲擲、投崖等殘刑。投崖者。由高崖投下以死之是也。如有呪詈者。更用熟鐵錐椿其口死之。蓋完全不脫蠻夷習尙也。至太祖始仿中國之制。詔羣下頒訂法律。蓋是時太祖平定諸夷。統一北方。寖寖有與中國並立之勢。故詔羣臣。謂國家庶務。巨細各殊。若憲度不明。則何以下治。羣下亦何由知禁。因定契丹法。蓋是時遼尙未改國號也。然此契丹法。只以治契丹人及諸夷人。如遇漢人。則仍以唐律爲斷。亦多依習慣辦理。蓋尙未有完全之唐律可根據也。然契丹法之效力。始終未及於漢人。其刑名有二。一曰死刑。分斬、絞、凌遲三者。凡太祖前之車轘、支解、梟首、坐瘞、鬼射箭、砲擲、投崖等慘刑。悉爲删除。二曰杖。杖亦有數等。最輕者用木劍。面平背隆。凡大臣犯罪。則以木劍擊之。其數三。自十五至三十。次之大棒。用以決平民之輕罪者。再次爲沙袋。用熟皮合縫之。長六寸。廣二尺。柄一尺許。凡杖五十以上者。爲沙袋決之。最重者爲鐵骨朵。凡決沙袋者。如罪情過重。則加以鐵骨朵。其數或五或七。擊於脽骨之上。

此外更有一種從刑。卽籍沒家產。凡有謀反大逆者。除罪人處死刑外。家產充公。其妻子則沒入官。或沒

爲着帳戶。或沒入宮中。或外賜臣下家爲奴婢。蓋古代本以妻子爲家產之一也。更定贖刑。凡杖一百者。贖錢千。至太宗時。更襲用唐律。增設流徒之制。於是刑名有四。除死及杖刑外。又有流徒二者。流則量罪之輕重。置之邊城部族之地。或投諸境外。其甚者則罰使絕域。且加以杖脊。爲流刑之附加刑。徒刑則分爲三等。最重者終身。次之五年。最輕者則爲一年半。且有八縱八議之法。八縱者。凡老幼疾病等犯罪宥而赦之是也。八議。卽取自唐律。更設置鐘院。凡人民有冤者則擊鐘以達於上。至穆宗時。廢鐘院之置。更定宮刑。凡從坐之男女年未及十六者。治以宮刑。仍付爲奴。又創設黥刑。凡流者皆刺其文於面。但世家子弟。則可免黥。聖宗卽位。大修法制。詔北府司徒佛德譯南京所進全部唐律。聖宗因之擬將契丹法從事修訂。凡契丹人犯十惡者。悉依唐律懲治。而漢人與契丹人相毆致死者。亦盡依唐律科斷。蓋在昔日。漢人則治以唐律。契丹人則治以契丹法。往往輕重不一。發生流弊。因有是令。且設大理寺。置少卿及正主。詳決獄訟之事。在昔決獄。悉由南北兩院辦理。南院則專治漢人。北院則以治契丹人。而事關覆奏者。則以翰林學士給事中及政事舍人詳決之。今則改以大理寺主之。並下令世家子弟犯罪者與齊民同科。決流者亦一體黥面。又貴戚以事被告者。亦不問事之大小。一體由所在官司案問。具申南北兩院。如

所在官受請託不案治者。以本犯入罪罪之。蓋竭力泯除階級制度及漢遼畛域也。並以律文修訂未成。隨時下詔將舊法更改。其犖犖大者計有數端。其一、禁所在官吏軍民不得無故聚衆私語及冒禁夜行。違者治以罪。其二、詔民間有父母在別籍異居者聽。鄰里覺察坐之。其三、詔叛逆之家。兄弟不知情者雖同居亦免坐。其四、詔家主非犯謀反大逆及流死罪者。其奴婢無得告首。若奴婢犯罪至死。聽送有司。其主毋得擅殺。其五、竊盜贓滿二十五貫。爲首者處死。從者決流。舊法贓滿十貫。爲首者卽須處死。聖宗嫌其太嚴。因有是詔。其六、詔自今三犯竊盜者。黥其額。四次者。黥其面。並徒五年。如滿五次者。處以死刑。此皆遼律未成前聖宗所定之法制也。聖宗又嚴禁司法官以非法搒掠罪囚。並嚴禁請託。違者治罪。世宗踐位。又有更改。詔職官子弟及家人受贓不知情者。止坐犯人。又重定黥面法。詔犯終身徒者。止刺頸。奴婢犯逃。或盜其主物。主不得擅黥其面。只許刺臂或頸。尋常犯竊盜者。初犯刺右臂。再犯刺左犯。三犯刺右頸。四犯刺左頸。五犯則處死。又重定銷錢及盜失火家物罪例。舊法銷錢作器皿三斤。持錢出南京十貫。及盜失火家物五貫者。悉處死刑。今則改爲銷錢逾三斤。持錢及所盜物滿二十貫以上者。始處死刑。重熙五年四月。修訂之新律成。將太祖時所定舊法及太宗以來斷獄舊例並唐律全部參酌而彙合之。

計五百四十七條。名曰重熙條制。分死刑、流刑、徒刑、及杖刑四等。漢遼通行。於是不問爲漢人。爲遼人。苟有犯法。一體以律治之。不復如昔之劃分唐律及契丹法。各別治罪矣。此即所謂遼律也。蓋昔之契丹法。其效力只及於遼人及諸夷。而此則更及於漢人。其後又有所更易。十年。詔諸職官私取官物者。以正盜論。十一年。詔盜易官馬者。減死論。其外隨時更易者尚多。至二十九年。重修新律頒行。計採自舊制者。爲五百四十五條。舊制竊盜滿二十五貫者處死。今則改爲五十貫。又删其重複者二條。其外採唐律者一百七十三條。又創增七十一條。全部共七百八十九條。是謂遼新條制。道宗即位。對法制又大肆更易。隨時有新制頒行。計自清寧元年至大安三年。共增訂數百條。合前有千餘條之衆。且多自相矛盾。即以決獄言。初則以所在官司申報待覆。往往稽滯。因下詔聽所在官司自決。苟得實者。即行治罪。後又以所在官司之權太重。又詔令附近官司覆問。不幾時又以爲不便。下令有寃者隨時申奏。即此已可見其法令之朝頒而夕更矣。其外類此者尚多。因於大安三年。下令復行舊制。凡自新條制頒行後之一切勅制。悉行廢除。但將舊律中規定徒役終身者。一律改爲五年。廢除徒役終身之制。天祚嗣位。金兵已迫。因取治亂國用重典主義。大行嚴酷之刑。凡昔時所行之車轘、支解、砲擲、投崖等非刑。一體恢復。甚有分尸五京

或取其心以獻祖廟者。於是舊日法制。悉爲無形廢棄。然遼祚亦自是終矣。此遼一代之法制也。

金亦起自北方。初名女眞。其刑法甚簡易。犯輕罪者。則用柳㩻以笞之。殺人及盜刼者。擊其腦殺之。沒其家產。以十之四入官。十之六賞主。併以家人爲奴婢。其獄則掘地深廣數丈爲之。蓋只有死刑及笞刑二等也。至太祖時。始漸採用中國制。嚴禁同姓爲婚。苟有犯者。杖而離之。太宗嗣位。滅遼而有其地。更及中國燕雲十六州。因漸漸創設法制。於死刑笞刑外。亦增設徒流之刑。先則定權勢家買貧民爲奴之罪。脅買者一人償十五人。詐買者一人償二人。並杖一百。此尙完全報復主義。未脫野蠻時代之習。尙又定竊盜得物者罪例。凡竊盜但得物者。徒二年。十貫以上。徒五年。刺字充爲軍。三十貫以上。徒終身。仍以贓滿盡刺字於面。五十貫以上。處以死刑。並追其贓。熙宗卽位。占有中國黃河以北之地。因採取宋律及遼律。更定法制。其大抵十之七八採自宋律。餘則雜以遼律。凡酷毒刑具以及法外淫刑。一體廢除。詔百官羣下。遇有獄訟。一以法文爲依歸。名曰皇統制。皇統者。熙宗年號也。完顏亮篡位。爲收拾人心計。仿遼代鐘院之設。特置登聞鼓院。凡人民有寃者。准赴登聞院擊鼓聲訴。然不幾時卽大施淫威。下詔凡人民有私相越境者。一律處死。又遣使分道監視所獲盜賊。並凌遲處死。又禁朝官飲酒。犯者至死。其在宮中。

更設種種非刑。以汚亂宮闈。對於舊制。嫌其不便。因續頒制書。名曰續降制書。與皇統制並行。世宗繼位。一時制旨。多從權宜。遂集爲軍前權宜條理。詔有司除强盜外。每月朔望、上七日、並立春後立秋前、及大祭祀日。不奏刑名。不決死囚。而二十四節氣日。並雨未晴、夜未明、以及休假日。亦皆如是。蓋完全採自漢制也。其後大定五年。又頒行法制。名曰續行條理。更下詔禁服用金線。其織賣者。抵其罪。八年。制品官犯賭博法。九年。又下詔自今制無正條者。皆以律文爲斷。制者。金代所頒行之制條。而律文則爲宋律及遼律。蓋凡制條所已有者。則用制條。而制條缺如者。則依宋律及遼律。宋律則以治漢人。遼律則以治金人。更定妄言邊關兵馬者。處徒二年。並制職官犯公罪。在官已承伏者。雖去官猶論。十年。詔命婦犯姦。不用夫蔭。以子封者。不用此法。此制自金創後。歷元明淸未替。十一年。頒司獄獄卒之令。十二年。詔自今長官不法。其僚佐得以糾正或舉發。十三年。定宗廟祭物法。十五年。詔改稱盜贓滿八十貫者死。太宗時。定稱盜得物至五十貫以上者死。世宗嫌其太重。改爲八十貫。十七年。申遣審錄官之令。並詔尙書省法寺斷罪。輕重各有期限。毋致滯留。又以渤海舊俗男女婚嫁。多不以禮。帝禁絕之。犯者以姦論。十八年。定殺異居周親奴婢、同居卑幼輒殺奴婢、及妻無罪而輒毆殺者罪。十九年。詔糾詳之官。知有犯罪而不舉者。減

犯人一等科之。但關親者許囘避。是年又詔臣下重修制條。凡昔日所行之皇統制、續降制書、以及軍前權宜條理、續行條理、並宋律、遼律一體參酌採用。計有十二卷。一千一百九十條。其篇目一如唐律。更仿宋代折杖法而又擴而充之。凡徒杖皆減半執行。至大定二十二年頒行中外。名曰大定重修制條。不分律令格式。後帝以中多難解之詞。因命刪修明白。使人皆曉。於二十八年頒行。故對於內容。尚少改易。唯修改文字而已。其後又有所更易者。計有數端。其一、定知情服內成親者。雖自首仍依律坐。不在減免之條。其二、定踐踏禾稼罪。凡踐民田者。杖六十。盜人穀者。杖八十。並償其直。其三、定强取諸部牛羊法。其四、詔婦人免死輸作者。決杖二百。免輸作。輸作者。即徒刑也。時以婦人在囚輸作不便。故有是詔。其五、定外親、皇家無服及賢而犯罪者。皆不入八議。蓋以外家異於宗室。無服異於有服。賢則不應犯罪。故不入於八議。其六、定職官犯贓及糾察法。其七、命罪人在禁有病聽家屬入視。其八、禁金人不得改稱漢姓及學南人衣裝。犯者抵罪。章宗嗣位。於各路設置提刑司。專司一路州縣獄訟之事。漢人金人及遼人各一。又嚴禁司獄官、强族大姓、及州縣官屬官、筵宴還往。違者治罪。蓋恐因是還往有所請託。致法不得其正也。並設置詳定所。以審定制條。重訂律令。帝納平章政事張汝霖言。因欲仿唐宋之制。分律令格式四種。故

有是詔。又制定親王家人有犯。其長史府椽失覺察故縱罪二年同時制諸部內按災傷法主司應言而不言及妄告者杖七十。檢視不以實者亦如之因而有傷人命者以違制論致枉有徵免者坐贓論妄告者。戶長坐詐不以實罪計贓重者從詐匿不輸法更定邊鎮守將致盜賊罪。此皆明昌元年之制也。二年。制投匿名書者徒四年。三年。更定强盜徵贓品官及諸人親獲强盜官賞制。五年。定徒二年以下者杖六十。二年以上者杖七十。婦人犯者。並決五十。蓋仿唐宋舊律爲徒之附加刑也。六年。勅宮中承應人出職後。三年內犯贓罪者。原舉官連坐。不在去官之限。承安二年。制軍前受財法。一貫以下徒二年。以上徒三年。十貫處死。又制定民習角觝槍棒罪。更頒行銅杖式。帝以杖樣不一。輕重懸殊。因定其分寸。鑄銅爲杖式。頒行天下。並命諸路按察司糾察親民官以大杖箠人。五年。更定鎮防軍犯徒配役法。又定居祖父母喪婚娶聽離法。妻亡服內婚娶聽離法。並定皇族收養異姓男爲子者徒三年。姓同者減二等立嫡違法者。徒一年。又命立州縣官聽訟條約。是時詳定所所審訂之新律。亦已告成。因於泰和元年頒行中外。名曰泰和律令勅條格式。凡律十二篇。實即唐律也。但贖銅之數皆倍之。增徒四年五年爲七年。削不宜於時者四十七條。增時用之制一百四十九條。因而略有所損益者二百八十二條。餘一百二十六條。一仍

其舊。又分一爲二分一爲四者六條。凡五百六十三條。爲三十卷。附註以明其事。疏義以釋其疑名曰泰和律義。其令則自官品令及職員令之下。計祠令四十八條。戶令六十八條。學令十一條。選舉令八十三條。封爵令九條。封贈令十條。宮衞令十條。軍防令二十五條。儀制令二十三條。衣服令十條。公式令五十八條。祿令十七條。倉庫令七條。夜令十二條。田令十七條。賦役令二十三條。關市令十三條。捕亡令二十條。賞令二十五條。醫疾令五條。假寧令十四條。獄官令一百有六條。雜令四十九條。釋道令十條。營繕令十三條。河防令十一條。服制令十一條。附以年月之制曰律令二十卷。又定制勅九十五條。榷貨八十五條。番部三十九條。曰新定勅條三卷。又六部格式三十卷。於是金代始有完備之法制。與唐宋並驅矣。蓋大定制條。尙不完備。只及於律令之一部。至此始告厥成功。然自後帝又以律文中或有遺漏。仍命擧下及詳定所重校。更隨時定制。而條格入制文內者。分爲別卷。三年。定擅增減宮門鎖鑰罪。又詔隨處盜賊嘯聚三十人以上者奏聞。違者杖百。四年。增定關防姦細格。又勅定按察司糾劾不實者罪。七年。更定受制忘誤及誤寫制事重加等罪。又準私役之律。計傭以受所監臨財物論。又定安泊强盜竊盜罪格。宣宗貞祐三年。下詔禁州縣官置刃於杖。以決罪人。又詔自今監察官犯罪。其事關軍國利害者。並笞決之。四

年。詔凡監察官失糾劾者。從本法論。外使入國私通本國事情。宗衛近侍官承應人出入親王公主宰執家災傷乏食。有司檢舉不實。致傷人命。轉運軍儲而有私載。殿試舉人而防閑不嚴。其罰並決。在京犯五兩次者。臺官減監察一等治罪。論贖。餘止坐專差。又詔凡進奉帖及中尙書省樞密院並應密大事。私自發視者。處絞。誤者減二等。制書應密者如之。興定元年。增定擒捕逃軍賞格及居停人罪。制定州府司縣官失覺姦細罪。三年。制沿河戍兵逃亡罪。並同征行軍人例。又定贓吏計罪。以銀爲則。蓋前此計贓。皆以錢計。至是則以爲太重。故以銀爲則。每兩爲錢二貫。而法當贖銅者。亦須輸銀。五年。定藏匿逃亡罪。元光元年。又增定藏匿逃亡親軍罪。蓋是元兵已强盛。占領金燕京地。並及潼關。正用兵之時。故一再嚴定逃軍之令。然亦無及矣。此金一代之法制也。

第四節　元

元起自蒙古。故初號蒙古。其武力固不可一世。而其文化則甚幼稚。故其初建國時。亦無所謂法制。與契丹及女眞無異。且爲遊牧生活。東飄西蕩。故更無急急制訂法律之必要。所施用者只一二刑事案件及軍令而已。其創設法制也。實在世祖入統中國之際。蓋亦襲自唐律。並酌採宋律及金律。至其蒙古

所固有之法制。則已無從稽攷矣。據史冊所載。元太祖成吉斯汗。始頒條畫。刑獄唯重罪處死。其餘雜犯。量情笞決。是實不成其爲法制也。至太宗六年。始大會諸王百僚。頒諭條令。凡當會不赴而私宴者。斬。諸出入宮禁。各有從者。男女止以十人爲朋。出入毋得相雜。軍中凡十人置甲長。聽其指揮。專擅者論罪。其甲長以事來宮中。卽置權攝一人。甲外一人。二人不得擅自往來。違者罪之。諸公事非當言而言者。拳其耳。再犯笞。三犯杖。四犯論死。諸千戶越萬戶前行者。以木鏃射之。百戶甲長諸軍有犯罪同。此不遵此法者斥罷。凡來會用善馬五十四爲一羈。守者五人。飼羸馬三人。守克嚕蘇嚕克三人。但盜馬一二者。卽論死。諸人馬不應絆於克嚕蘇嚕克內者。輒沒於畜虎豹人。諸婦人製逐濟燕服不如法者。及妬者。乘以驏牛。徇部中論罪。卽聚財爲更娶。此爲元初之一種法制。元太祖時。尙爲遊牧生活。而又專以武力東征西剿。故其所注重者在此。且以遊牧生活。故並無一定之住所。不必設置地方官。只以人爲別。每有十人。設置一甲長。專事一甲中一切行政司法事務。其後定宗憲宗相繼嗣位。滅金滅夏。至世祖更滅宋而有中國。於是不得不修訂法制。然是時尙沿用金之泰和律令勅條格式。未經剏制也。但亦未必盡依金制。有雜以舊法者。其徒法計分五等。自一年以至三年。每等半年。年數杖數相附麗爲加減。晝則帶鐐居役。夜

則入囚牢房。其流罪發各處屯種者。止令監臨關防。其罪重者。則北人遷於湖廣之地。南人遷於遼北之鄉。蓋皆元制也。其後世祖又隨時頒行詔勅。訂立法制。中統元年。禁私商不得越境。犯者死。二年。諭諸王駙馬。凡民間詞訟。毋得私自決斷。皆聽朝廷處置。並於各路設置推官。專掌推鞫刑獄。平反冤滯。又凡鞫問重事。須加拷訊者。長貳僚佐會議立案。然後行之。違者重加其罪。能平反重刑一起以上者。優升一等遷用。能平反冤獄一起以上者。優升二等遷用。又遣官分赴各路錄囚。以防冤濫。元代審判制度。與宋相同。其初級則爲州縣。次之則各路推官。且以地方遼闊。設置中書行省。有廉訪司。以審查各路刑獄。廉訪司者。卽按察司也。有不合者。則申詳宗正府及御史臺詳讞。其在中央者。則歸兵馬司及宗正府。至死刑則不問在中央。在地方。皆由尙書省定議。送交中書酌裁。更爲奏報。流刑以下。則由宗正府及御史臺決之。凡越訴者。笞五十。至元二年。嚴申越界販馬之禁。違者處死。又詔軍中犯法。不得擅自誅戮。罪重遣斷。輕者奏聞。蓋是時軍官之權甚重。往往擅行殺戮。故有是詔。五年。申禁民間私造或私藏軍器。犯者驗多寡定罪。五年。禁市毒藥。如附子、烏頭、巴豆、砒霜之類。悉不得妄行出售。而不通醫理。妄行針灸。或與婦人墮胎。殺害人命者。加等治罪。又詔凡訟而自匿或誣告人者。卽以其罪罪之。又凡兩造具訟。一造逃匿

不赴者。滿百日卽將待對者釋放。八年。禁用金律。一切皆沿用舊例。其無例者。重罪則奏請。輕罪則由所司詳斷。十二年。禁民間賭博。犯者流。又詔蒙古人殺人者。除處本人死刑外。徵鈔二錠。罪狀已白。卽可行刑。其奴婢殺主者。具五刑論。十五年。禁官吏軍民賣所娶江南良家子女及爲娼者。買者賣者兩罪之。官沒其直。人復爲良。又定職官犯罪處罸法。並勅中書省凡掾史文移稽緩一日二日者杖。三日者死。十七年。勅擅據江南逃亡民田者有罪。更詔有罪配役者。量其程遠近。更設登聞鼓院。凡人民有寃抑。屢告不理。或理斷偏屈者。經省臺讞斷不平後。准予擊鼓申訴。十九年。勅官吏受賄及倉庫官侵盜。臺察官知而不糾者。驗其輕重罪之。中外官吏贓罪。輕者杖決。重者處死。言官緘默。與受贓者一體論罪。又恢復蒙古舊制。凡殺人者。沒一女入仇家。無女者。徵鈔四錠。蓋以舊法只徵鈔二錠。爲太輕。故恢復舊制也。又令天下。重囚除謀反、大逆、殺祖父母、父母、妻殺夫、奴殺主。並正典刑外。餘犯死罪者。充日本、占城、緬甸軍。二十年。勅自今敢以匿名書告事者。重者處死。輕者流遠方。能發其事者。給犯人妻子。又勅自今管民官。凡有災傷。過時不申。及按察司不卽行視者。皆罪之。又嚴申酒禁。有私造者。財產女子入官。犯人配役。二十一年。詔括天下私藏天文、圖讖、太乙雷公式、七曜歷、推背圖、苗太監歷。有私習及私匿者。罪之。二十三年。詔

百官集議至元鈔計贓論罪。又定竊物者配役之例。一犯者杖釋。再犯者卽配役。二十四年。詔大修法制。二十八年。成至元新格。頒行天下。凡從前所行之舊例。以及參用金律及唐律者。一體廢止。其內容與唐律及金律相仿。蓋參酌而行之也。計名例四條。衞禁八條。職制三十七條。祭令五條。學規十三條。軍律十二條。戶婚六十九條。食貨三十六條。大惡五十一條。姦匪五十九條。盜賊一百十四條。詐僞五十條。訴訟二十二條。鬥毆四十二條。殺傷一百六條。禁令一百十一條。雜犯十四條。捕亡九條。恤刑十五條。平反四條。合共二十篇。一千五十一條。五刑之制。笞刑六。自七下遞加十。至五十七止。杖刑五。自六十七遞加十。至一百七止。徒刑五。自一年遞加半年。至三年止。凡徒一年。杖六十七。遞加十。至一百七止。流刑三。曰遼陽。曰湖廣。曰迤北。南人則流於遼陽。北人則流於湖廣。罪重者則流於迤北之地。更附加黥刺。死刑二。曰斬。曰凌遲。無絞之制。獄具制。枷長五尺以上。六尺以下。闊一尺四寸以上。一尺六寸以下。死罪重二十五斤。流徒二十斤。杖罪十五斤。皆以乾木爲之。長闊輕重。各刻誌其上。手杻長一尺六寸以上。二尺以下。橫三寸。厚一寸。鎖長八尺以上。一丈二尺以下。鐐連鐶重三斤。笞大頭徑二分七釐。小頭徑一分七釐。罪五十七以下用之。杖大頭徑三分二釐。小頭徑二分二釐。罪一百七以下用之。又有訊杖。蓋用以刑囚之不

承者。大頭徑四分五釐。小頭三分五釐。長三尺五寸。並刊削節目。無令筋膠諸物裝釘。應決者並決小頭。其決笞及杖者。臀受。拷訊者。臀及股分受。務令平均。廢脊杖之制。是爲元代之法制。自至元新格頒行。而昔日所行之種種成例。全行廢止。至八議及十惡之條。以及官當之制。則仍沿唐律未廢。故牧民官公罪之輕者。許罰贖。職官犯贓者。亦許贖。又年老在七十以上。年幼在十五以下。以及罪人癃篤殘疾不任決科者。亦聽其贖。贖制。凡笞杖一。罰中統鈔一貫。然此專以治官吏及漢人者。其對於蒙人及諸夷。則仍用太祖以來所行之舊例。不用至元新格。又在帝王專制時代。法制雖頒。天子仍得隨時以詔勅變更之。三十年。以江南豪右多庇匿盜賊。令爲首者誅。餘者徒內縣。成宗卽位。元貞元年。卽定職官坐贓罪。初犯依法。再犯者加二等。倉庫官吏盜所守錢糧一貫以下者笞之。至十貫杖之。二十貫加一等。一百二十貫徒一年。每加二十貫。加徒半年。滿三百貫者死。計贓以至元鈔爲則。二年。更立擒盜格。大德元年。詔强盜姦傷事主者。不問首從皆斬。不傷事主。止斬爲首者。餘者刺配。再犯者亦誅。四年。申惡少不法之禁。犯者黥刺。杖七十。更拘役六年。詔官吏犯罪已經宥赦者。仍從覈問。又定略賣良人罪例。九年。詔仲春以後。或有小罪。卽與疏決。勿禁繫。以妨農事。又詔凡內郡江南人爲盜者。黥其面。三次者。謫戍遼陽。諸色人及高麗

人免黥。三次者謫戍湖廣。盜禁禦馬者。初犯謫戍。再犯者死。又詔強略良人者。以強盜例科斷。和誘者次之。時至元新格雖久頒行。而漢人及蒙古人。各異其法。且又隨頒詔勅更改律例。於是司法者莫知適從。而錢債戶婚。更略不省視。尋至只有人治。而無法治。法律幾等於具文。故民間時有一緊二慢三休之謠。官吏只知有例可援。不知有法可守。所謂一緊二慢三休者。言初下令則雷厲風行。再則寬矣。三則成具文矣。元朝入主中國。未及百年。又以蒙古人專政。根本不知法律為何物。而又權臣跋扈。僭徒橫行。以故無所謂法律。更亦無所謂例。成宗時。御史大夫紛紛上書。請畫一法制。誠鑒於法制不一。無以齊民也。夫此尚在開國時代。而武宗以後。則更不堪問矣。故元代並無一完備之法制。此蓋亦政治濁亂及文化幼稚使然也。武宗至大二年。詔頒尚書省條畫。凡民間詞訟。有司依理處斷。毋得淹滯歲月。凡官僚各執所見不同者。許申聞上司詳勘。違者。由監察御史及廉訪司糾治。又以至元新格只及於官吏及漢人。對於蒙人及諸夷。則漫無準繩。計自太祖至今。所行政令已有九千餘條。無所適從。因詔删除繁冗。使歸於一。時又嚴禁養豹。違者。雖貴幸亦加罪。更詔凡匿鷹犬者。沒其家貲之半。笞三十。仁宗皇慶二年。更定略賣良人罪例。延祐元年。勅姦民宮其子為閹官謀避徭役者。罪之。三年。勅大辟罪臨刑。敢有橫加倒割者。以

重罪論。凡鞫囚。非强盜。毋加酷刑。四年。諭諸宮衞入直。各居其次。非有旨不得上殿。敢有闌入禁中者。坐罪。五年。禁冒籍貫宿衞及所受遠方職官不赴任求別調者。隱匿不自首者。罪之。又詔軍官犯罪。行省咨樞密院議擬。毋擅決遣。六年。詔諸犯贓罪已款伏及當鞫而幸免者。悉付原問官。以竟其罪。英宗即位。禁宗戚權貴倖姦犯科。並敕僧俗辯訟。由有司與主僧同問。原來元代僧徒之權甚重。往往白晝殺人。擅釋囚徒。有司不敢問。即有罪者。亦須會同主僧審問。至仁宗時。曾矯其弊。下詔革除。令有司專治。於是僧徒之勢稍少戢。然英宗即位。即恢復舊章。須有司與主僧同問。至治二年。禁捕天鵝。違者籍其家。夫以禽鳥之細。而至籍沒其家。此實有史以來所未見者也。英宗又下詔廢除徒刑附加刑。律徒者概不杖。但加其刑期。又禁故殺子孫誣平民者。又英宗極重僧徒。凡毆西番僧者。截其手。詈之者。斷其舌。後以言者紛起。始廢其制。至治三年。詔頒大元通制。此爲元代第二次正式頒行之法典。其第一次爲至元新格。而此則第二次也。但至元新格。其效力只及於漢人。而大元通制。則漢人蒙人及色目人。一體及之。泰定即位詔凡有罪自首者。原其罪。又禁蒙古流民。毋擅離所部。違者斬。泰定二年。勅諸王部曲宿衞私入京者。罪之。又禁飢民結扁担社。傷人者。杖一百。又申禁圖讖。私藏不獻者。罪之。四年。禁僧道買民田。違者坐罪。又命

職官贓汚者。流放廣南。致和元年。詔百官凡不赴任或擅離職守者。奪其官。避差遣者。笞之。又禁流民聚至千人者。杖一百。泰定帝又改易審判制。凡刑獄一切隸宗正府。刑部勿復問。元世祖時。重視蒙人。置宗正府斷獄官十員。名曰札爾古齊。掌諸王駙馬投下蒙古色目人所犯一切公事及漢人姦盜等罪。輕者始歸所司。至武宗時。屬諸王斷事官。蒙古人犯盜詐者。命所隸千戶鞫問。漢人刑名。悉歸刑部。至泰定帝則又恢復世祖舊制。設置札爾古齊四十二員。而以尚書省及監察御史覆核之。更命自今罪囚當釋者。悉由宗正府審核。於是刑部竟有名無實矣。文宗卽位。以古者罪人不孥。旣籍家貲。又役妻子。實非所宜。因卽於天歷元年下詔。凡罪人妻子勿役。止及一身。又勅軍中逃歸及京城游民敢擾民財者。處斬。二年。詔諸傴傭者。主家或犯惡逆及侵損己。始許訴官。餘非干己。不許告訐。又詔自今有以朝賀斂鈔者。依枉法論罪。又詔刑部察民之無賴者。懲治之。三年。令自今臣僚有罪。致籍沒者。於妻子。他人不得陳乞。亦不得沒爲官口。又定遷徙法。先是南人流北。北人流南。去家萬里。往往道死。至今始改定遠近不過千里。在道遇赦。悉得放還。再犯者。徙之本省不毛之地。十年無過。則量移之。所遷人死。妻子聽歸土著。至順元年。詔諸人非其本俗。敢有兄收其嫂。子收庶母者。坐罪。又嚴禁官吏家人受贓。寧宗嗣位。定婦人犯私鹽法

先是犯私鹽者。只坐男子。不及婦人。至是始定婦人犯私鹽之罪。又詔重囚淹禁三年以上。疑不能決者。申達省部。詳讞釋放。順帝卽位。首釐宗正府扎爾古齊。凡蒙古人及色目人犯罪者。隸宗正府。漢人南人犯者。隸有司。又詔蒙古色目人犯盜者免刺其文。至元二年。更定鬥毆殺姦殺等罪例。二年。詔諸王公主駙馬。非奉旨。毋得罪官吏。又定告捕盜例。又詔職官坐贓。經斷再犯。加本罪三等。又詔僧道犯姦盜重罪者。聽有司鞫問。不必會同主僧。並禁主僧侵理民訟。至正三年。詔諸王駙馬諸近侍。自今奏事不經中書。輒傳旨付外者。罪之。四年。命更定法令。六年。頒行至正條格。參酌大元通制而損益之。此爲元代第三次頒行之法典。蓋以大元通制。至今已漸失用。故命羣下重修頒行也。然是時天下已亂。元祚亦遂告終矣。故元代法典。共頒行三次。第一爲世祖時至元新格。第二爲英宗時大元通制。第三爲順帝時至正新格。蓋只有格條。始終未有律文頒布也。

第五節 明

明太祖滅元而有天下。對於法制。頗爲審愼。其審判制度。與唐宋相仿。民事則以州縣決之。有不服者。可申訴於府。再申訴於省。然此爲罕見之事。大率以一審了之。刑事則凡輕微案件。與民事相等。亦多

以州縣官一審了之。至命案盜案等重大案件。則由州縣官審問後。須再申詳按察司。按察司覆訊無誤。再達刑部。然刑部之職。僅在受天下刑名。不能擅行詳決。遇有疑義。應即會同都察院及大理寺覆核。都察院司糾察。大理寺司駁正。與刑部合稱爲三法司。刑部中又設有清吏司十三員。每員司一省刑名。明代分天下爲十三省。故設十三員。凡各省按察司呈送刑獄到部後。如罪情重大。決不待時者。則奏報施行。但刑部如有認爲情有可矜或事有可疑者。則有權可以駁回。或更定其刑。然亦須奏聞。如奏聞後。天子認爲有可疑者。則發交三法司會同核議。核議後再行奏報。如罪情稍輕不必立決者。則秋後處決。須俟秋審後定奪。秋審之制。亦非肇始於明。自漢代以降。即有之。其意義蓋取自周官也。凡屬秋審。由三法司會同核議。將罪囚分別輕重。如情實者。則情眞罪當。無可減免。應即處決。如有可疑。則暫行緩決。俟來年秋審時再定。若不僅事有可疑。而且情有可矜者。則例得減等。又凡緩決二次以上或三次以上者。亦得減等。清代秋審之分情實、緩決、矜疑。即本於是。而清代所謂立決者。亦即本明代之決不待時也。然三法司核定後。仍須奏報。由皇帝核定。據續通志載。明之刑制。理刑之官。內則有三法司。曰刑部。曰都察院。曰大理寺。刑部受天下刑名。都察院司糾察。大理寺主駁正。刑部有十三清吏司。治各布政司刑名。而陵

衞王府公侯伯府在京諸曹及兩京州郡。亦分隸之。按察名提刑。蓋在外之法司也。參以副事僉事。分治各府縣事。凡詞訴必自下而上。有重事而過者。許擊登聞鼓。四方有大獄。則受命往鞫之。凡決獄歲疏其數名以聞。曰歲報。月上其拘釋存亡之數。曰月報。獄成。移大理寺覆審。必期平允。凡提牢月更主事一人。修葺囹圄。嚴固扃鑰。省其酷濫。給其衣糧。囚病。許家人入視。脫械鎖醫藥之。簿錄俘囚。配役官私奴婢。咸籍知之。官吏有過。並紀錄之。歲終湔滌之。以名例攝科條。以八字括辭義。八字者。以、準、皆、各、其、及、即、若也。以五服參情法。以墨涅識盜賊。籍產不入塋墓。籍財不入支度。宗人不即市。宮人不即獄。悼耄疲癃不即訊。凡死刑。即決及秋前決。並三覆奏。兩京十三省布政司死罪囚。歲讞平之。五歲。遣官審錄冤滯。罷降錄重囚。會五府九卿科道官共錄之。矜疑者戍邊。有詞者調所司再問。比律者監候。夏月熱審。免笞刑。減徒流。出輕繫。遇歲旱。特旨錄囚。亦如之。凡贖法有二。有律得收贖者。有例得納贖者。律贖無取損益。而納贖之例。則因時權宜。先後互異。其法。初嘗納銅。又嘗納馬。後皆不行。唯納鈔、納錢、納銀。嘗並行焉。而以初制納鈔爲本。故律贖者曰收贖。律鈔。納贖者曰贖罪。例鈔。凡獄已審錄。應決斷者。限三日。應起發者。限十日。逾限。計日以笞。因淹滯至死者。罪徒。停刑之月。自立夏以後至春分以前。停刑之日。初一、初八、十四、十五、

十八、二十三、二十四、二十八、二十九、三十、凡十日。檢驗屍傷。照磨司取部印屍圖一幅。委五城兵馬司如法檢驗。府則通判推官。州縣則長官親核。毋得委下僚。其法之不衷古制者。有廷杖。有錦衣衛。有鎭撫司。有東西廠。廷杖始於太祖。然非定制。後世因之不廢。錦衣衛者。世所稱詔獄也。凡天下重罪逮京師者。收繫其中。有全刑。有械。有鐐。有棍。有拶。有夾棍。五毒俱備。鎭撫司職理獄訟。初置一司。與外衛等。後添設北司。而以軍匠諸職掌屬之南鎭撫司。於是北司專理治獄。東廠者。立於東安門北。令中官提督之。緝訪謀逆、妖言。大姦惡等。與錦衣衛均權勢。後又別設西廠。所領緹騎倍東廠。勢遠出衛上。此爲有明一代審判制度之大概也。至明代法典。當太祖起兵稱吳時。卽以元代無完備之成律。只有格條。而又過於繁冗。不勝其害。因命中書省定律令。計律共一百八十五條。準唐律之舊而損益之。但其編制則以六部爲依歸。吏律十八條。戶律六十三條。禮律十四條。兵律三十二條。刑律一百五十條。工律八條。其爲令則一百四十五條。吏令二十。戶令二十四。禮令十七。兵令十一。刑令七十一。工令二。頒行後。又恐人民多所未曉。因仿唐律疏義。更制律令直解。爲律令之解釋。滅元後。又令毋非時決囚。更設登聞鼓於午門外。洪武四年。令自今官吏犯贓罪者無貸。五年建申明亭。凡各州縣及鄉之里社。皆命建立。凡境內人民有犯者。書其

過名。榜於亭上。但限於犯十惡、奸盜詐僞、干犯名義、有傷風俗、及犯贓至徒者。如其餘雜犯公私過誤非干風化者。則不書之。又定宦官禁令。專以治宦官者。更作鐵榜。誡公侯申明律令。其目有九。專以治公侯者。蓋是時權臣各恃其汗馬之勞。每多驕橫不法。有司明知之而不敢問。故帝有是詔。六年。命廷臣坐笞罪得以俸贖。廷杖之制。本始於太祖。曾杖永嘉侯朱亮祖工部尚書夏祥。於是子孫踵而行之。然在初時。太祖本無是心。且以六卿貴重。不宜以細故辱其身。因命羣臣得以俸贖。不過至後日偶然盛怒。自身亦不得自主。於是有廷杖之舉。在太祖亦不過偶一爲之耳。乃作法於涼。其弊必貪。其父殺人報仇。其子居然行刧。歷世皇帝。繼而行之。武宗世宗。更以廷杖爲鉗制朝臣之具。史謂王振劉瑾魏忠賢之徒。疊起而得志。率由於此。蓋監杖用內官。行杖用衞卒。士大夫旣懸命於其手。則欲小人之不歸誠於彼。而君子之不觸其禍。難矣。用法誠不可不愼也。太祖又於是年刊律令審綱。頒諸有司。又定親屬相容隱律。又命府州縣輕重獄囚。即依律決斷。不須轉發。果有違枉。御史按察司究治之。原來定制。有司決獄笞五十者。縣決之。杖八十者。州決之。一百者。府決之。其徒罪以上。具獄送按察使。由是州縣或受贓減重從輕。省府或弄法加輕入重。文移駁議。囚繫淹滯。因有是詔。八年。判刑官自今凡雜犯死罪者。免死輸作終身。徒流則

限年輸作。官吏受贓及雜犯私罪當罷職役者。發鳳陽屯種。民犯流罪者。鳳陽輸作一年。然後屯種。明代徒刑。計分五等。流刑則爲三等。然徒外。又有總徒與准徒。總徒四年。准徒五年。而流之外。亦有安置、遷徙、口外爲民、及充軍之制。而充軍更分極邊、烟瘴、邊遠、邊衞、沿海、附近等種種。徒流再犯者。流則於原配處所。依工樂戶留住法。三流並決杖一百。拘役三年。拘役者。流人初止安置。今加更以居作。卽唐律所謂加役流也。徒則於原役之所。依所犯杖數年限決訖。應役一年至四年。又凡徒役者以到配所之日爲始。計其所徒之年限。官鹽場者。每日煎鹽三斤。鐵冶者每日炒鐵三斤。此皆徒役之制也。亦卽古代所稱居作輸作也。十一年。更定大明律。先是太祖頒行律令後。猶有所未慊。因詔羣臣修訂。其篇一準唐律舊文。曰名例。曰禁衞。曰職制。曰戶婚。曰廐庫。曰擅興。曰盜賊。曰鬬訟。曰詐僞。曰雜律。曰捕亡。曰斷獄。用舊律二百八十八條。贖律一百二十八條。舊令改律者三十六條。因事制律者三十一條。掇唐律以補遺者一百二十三條。合六百有六條。分寫三十卷。至令則一仍舊制。仍分吏戶禮兵刑工六門。十四年。又勅官吏受賂必求通賄之人。併罪之。徙其家於邊。又勅刑部。自今官吏有犯宥罪復職。榜示其過於門。果能省身改過。則除之。不悛者。論如律。十五年。更申人民越訴之禁。違者罪之。十六年。令徒流笞杖非四。代農民力役贖

罪。役十日。准笞二十。杖十。徒流各計年准之。雜犯死罪者。罰戍邊。十七年。定土官犯罪律。又以民間乞養義女。自幼撫育。有尊卑之分。韓籍不修。實傷風化。比同宗無服之親律。加二等。杖六十。徒一年。女歸宗。又命天下諸司刑獄皆屬刑部都察院。詳議平允。送大理寺審覆。然後決之。更定五六日旬時三審五覆之法。十八年。命刑部錄內外諸司職官罪狀明白者。揭於申明亭。更作大誥。頒行天下。大誥者。采輯官民過犯之條也。其目有十。曰攬納戶。曰安保過付。曰詭寄田糧。曰民人經該不解物。曰灑派拋荒田土。曰倚法爲姦。曰空引偷軍。曰黥刺在逃。曰官吏長解賣囚。曰寰中士大夫不爲君用。次年又爲續編三編。皆頒學宮以課士。里鄉塾師教之。囚有大誥者。罪得減等。於是天下有講讀大誥師生來朝者十九萬餘人。皆賜鈔遣還。二十年。焚錦衣衛刑具。以繫囚付刑部。凡天下獄訟。一歸刑部。二十二年。帝又更定大明律。太祖吳元年。曾頒律令。洪武十一年。又重頒律令。二者內容。無甚差異。但其體裁。前則以六部爲歸屬。而後則仍唐律之舊。以十二篇爲分類。至是二十一年。又頒新律。其體裁合二者而一之。即以六部爲綱。而以唐律篇目屬於其下。共三十卷。計四百六十條。一曰名例。計一卷四十七條。二曰吏律。計二卷。職制十五卷。公式十八條。三曰戶律。計七卷。戶役十五條。田宅十一條。婚姻十八條。倉庫二十四條。課程十九條。錢債

三條。市廛五條。四曰禮律。計二卷。祭祀六條。儀制二十條。五曰兵律。計五卷。宮衛十九條。軍政二十條。關津七條。廐牧十二條。郵驛十八條。六曰刑律。計十一卷。賊盜二十八條。人命二十條。鬭毆二十二條。罵詈八條。訴訟十二條。受贓十一條。詐僞十二條。犯姦十條。雜犯十一條。捕亡八條。斷獄二十九條。七曰工律。計二卷。營造九條。河防四條。又爲五刑圖二。首圖五曰笞、曰杖、曰徒、曰流、曰死。笞刑五。自十至五十。每十爲一等加減。杖刑五。自六十至一百。每十爲一等加減。徒刑五。又有附加刑。徒一年。杖六十。徒一年半。杖七十。徒二年。杖八十。徒二年半。杖九十。徒三年。杖一百。每杖十及徒半年爲一等加減。流刑三。輕者二千里。重者二千五百里。最重者三千里。又有附加刑。每流皆杖一百。每五百里爲一等加減。死刑二、一曰斬。一曰絞。徒流之外有充軍。斬絞之外有凌遲。皆非五刑之正。故圖不列。次圖七。曰笞、曰杖、曰訊杖、曰枷、曰杻、曰索、曰鐐。笞大頭徑二分七釐。小頭減一分。杖大頭徑三分二釐。小頭徑減如笞之數。笞杖皆以荊條爲之。皆以臀受。訊杖大頭徑四分五釐。小頭徑減如笞杖之數。亦以荊條爲之。臀腿受笞杖及訊杖。皆長三尺五寸。用官降式校勘。毋以筋膠諸物裝釘。枷自十五斤至二十五斤止。刻其上下長短輕重之數。長五尺五寸。頭廣一尺五寸。杻長六寸。厚一寸。男子死罪者用之。索以鐵爲之。以繫輕罪者。其長一丈。鐐爲

鐵連鐶。以之繫足。徒者帶以輸作。重三斤。又爲喪服之圖。凡八族親有罪。視服之等差。定刑之輕重。其因禮以起義者。養母、繼母、慈母。皆服三年。毆殺之。與殺嫡母同罪。兄弟妻。皆服小功。互爲容隱者。罪得遞減。舅姑之服。皆斬衰三年。毆殺罵詈之者。與夫毆殺罵詈之罪同。姨之子、舅之子、姑之子。皆服緦麻。是曰表兄弟。不得相爲婚姻。貪墨贓有六。曰監守盜。曰常人盜。曰竊盜。曰枉法。曰不枉法。曰坐贓。此外又有十惡及八議。則一依唐律。此卽後世之所謂明律也。此律頒行後。終明之世。未有改易。然此爲表面文章。而在實際。則已改不勝改。卽所謂例是也。例也者。律以外所施行之成例。有例者。則不復引律。例之爲用。本爲補律之所不足。然其內容則有往往不合於律者。其所以不明白將律改訂者。則以律爲太祖所手訂。子孫只有絕對服從之義務。決不能輕議一字。議者卽爲不孝不忠。然在事實上則有不可行者。故別設例以施行之。故所謂例者。卽律之變相也。此風沿至清代。未有變更。此亦吾中國特有之現象也。二十三年。又定贖例。凡殊死以下囚。輸粟北邊自贖。二十六年。定圓審之制。凡布政司及直隸州府州縣。笞杖就決。徒流遷徙充軍雜犯死罪。解部審錄。行下。死囚則上部詳議。如律者。更交大理寺擬覆。監收候決。卽所謂斬監候及絞監候是也。凡監候者。則於秋審定之。如爲重囚。則決不待時。上部後。卽奏遣官往決之。如情

詞不明或失出入者。則由大理寺駁回改正。再問駁至三次。而仍不當。則將當該官吏奏聞。謂之照駁。若停擬議決。而囚有翻異。則改調隔別衙門問擬。二次翻異不服。則具奏會九卿鞫之。此卽圓審之制也。如圓審而又不服者。則請旨決也。又定充軍之制。凡罪應充軍者。大理寺審訖。開付陝西司。本部置立文簿。註姓名年歲籍貫。依南北籍。編排甲爲二冊。一送內府。一付該管百戶。領去充軍。如浙江河南山東陝西山西北平福建直隸應天廬州鳳陽淮安揚州蘇州杜江常州和州滁州徐州人。發雲南四川屬衞。江西湖廣四川廣東廣西直隸太平寧國池州徽州廣德安慶人。發北平大寧遼東屬衞。有逃故。則按籍勾補。其後條例。有發烟瘴地面極邊沿海諸處者。例各不同。而軍有終身者。有永遠者。有罰及子孫者。皆以實犯死罪減等者充之。二十八年。頒皇明祖訓。禁用黥刺剕劓閹割之刑。三十年。命部院更定贖罪事例。凡內外官吏犯笞杖者記過。徒流遷徙者。俸贖之。三犯。罪之如律。依律。則官吏公罪應笞者。照等收贖。各還職役。不記過。杖以上。記所犯罪名。每歲類送吏兵兩部。候九年考滿。通記所犯次數。斥涉之。吏典亦備銓選降敍。至於私罪。文官及吏典犯笞四十以下者。附近還職而不贖。笞五十者。調用。軍官十以上皆的決。所謂的決者。照數行刑。不用折杖法折減其數也。文官及吏杖罪。並罷職不敍。同時更作大明律誥。又定

會官審錄之例。初制。凡有大獄。帝必面訊。至洪武十四年。改命會議覆奏論決。至是更置政平訟理二旛。審論重囚除武臣論非仍由帝親審外。餘俱以所犯奏。然後引至承天門外。命行人持訟理旛傳旨論之。其無罪者。則持政平旛宣德意釋之。惠帝建文時。詔中官奉使侵暴吏民者。所在繫治。成祖纂位。定罪人輸作之制。凡徒罪囚人。撥充國子監膳夫。又命笞罪五等。每等五日。杖罪五等。每等十日。徒非准所徒年月。加以應杖之數輸役。流罪三等。俱役四年一百日。雜犯死罪。工役終身。成祖此種制度。實合於近代刑法之旨。使能實行。則身體刑之制。可早絕於六百年前。而惜乎未能實行也。永樂元年。定誣告法。凡誣告三四人者。杖一百徒三年。五六人者。杖一百流三千里。所誣重者。從重論。誣告十人以上者。凌遲處死。梟首其鄉。家屬遷化外。又命三法司五日一引奏罪囚。令官於承天門覆審施行。二年。定熱審之制。凡死罪獄成者。俟秋處決。輕罪卽決。遣有連引待辨未能卽決者。令出獄聽候。更定監生犯罪律。三年。定職官等犯罪等差。凡官犯杖罪者。免決記罪。再犯仍記罪。還職停俸。三犯始論如律。又定徒流罪條例。凡徒流發充軍者。於長安左右門造守衛軍飯食。漢趙二府牧馬。不充軍者。充國子監膳夫。將軍之伴士工。或於北京爲民種田。遵化炒鹽。或自買船遞運。或擺站運鹽。笞杖罪止鑄錢准工。又定京倉納米贖罪之例。死罪

輸米一百十石。徒流以下遞減。五年。嚴申中國人妻妾子女出境律。七年。命法司發遣重囚。必五覆奏。九年。更命自今凡情有矜疑者。必先具奏。八年。嚴申棄子不育之禁。有犯者。兩鄰並罪之。十年。令誣告犯徒流等罪者。免罪。挈妻子徙盧龍山海永平小興州爲民種田。十一年。定贖鈔例。斬罪八千貫。絞罪及榜例死罪六千貫。流徒杖笞。納鈔有差。無力者。罰天壽山種樹。死罪終身。徒流各照年限。杖罪每等五百株。笞罪每等一百株。又定凡納米贖者。死罪減爲六十石。流徒以下遞減。俱於北京官倉給糧。自備車馬運赴懷來。十二年。詔軍士有踐田禾取民間畜産者。以軍法論。十五年。詔雜犯死罪囚輸役北京自贖。十六年。下令京城。凡盜馬者斬。更嚴申官吏犯贓之禁。十七年。詔法司在外死罪重囚。悉赴京師審錄。十八年。諭甘肅陝西所屬軍士有犯笞杖徒流遷徙罪者。就發本地極邊處瞭守烟墩。其爲事官以下犯死罪者。送京師。十九年。又嚴守宮之禁。仁宗即位。頒赦令三十五條。凡永樂年間弊政不便於民者。盡去除之。凡以赦前事言人罪者。即以所罪罪之。蓋成祖篡位。人民多不歸附。而盡忠於惠帝者。更敵視成祖。於是成祖大殺惠帝之黨。往往法外肆其淫威。或夷九族。或滅十族。至有瓜蔓抄之禍。更立誹謗之罪。以鉗制人民之口。至是始悉罷之。又定吏典犯罪等差。又詔法司。凡軍匠犯竊盜者。杖一百。鎖項鉗足。俾常赴工。宣宗

即位。又有增訂。宣德元年。定貴州土人斷罪例。雜犯死罪。就彼役作終身。徒流笞杖者。依年限役之。應笞者役五月。應杖者役十月。畢日釋放。二年。更定贖罪例。每笞杖十者。贖鈔二十貫。徒每一等折杖二十。三流並折杖一百四十。罰鈔悉如笞杖之數。如以米贖者。自死罪至笞。分十八等。自納米二石以至一百石有差。又分南北二例。南方最重者爲一百石。北方則爲五十石。而四川甘肅等地。則最重者僅二十石。又定運甎贖罪例。無力運甎者。雜犯死罪。准雜工五年。徒流各依年限准工。杖罪准工十月。笞罪五月。但官吏犯罪者。不在此例。又令匠役雜犯死罪。鎖鐐終身工役。徒流笞杖罪。論年限工役。三年。令犯姦婦女。照律用刑。明制。婦女用刑。概不去衣。笞頰以代臀。但犯姦則不在此數。蓋自魏代以來。以女子去衣受杖。大傷廉恥。非端風整俗之道。故魏文帝曹丕。曾制鞭督之刑。以代杖臀。自是而降。相沿爲例。且或減其杖數。或准其納贖。明代當亦如是。且多許其納贖以代笞杖。然自此姦婦無所忌息。益縱淫慾。因有是令。凡婦女犯姦者。一體依律去衣受杖。四年。嚴不孝律。凡犯不孝及烝父妾。收兄弟之妻爲妻。一切敗倫傷化者。悉送京師。如律鞫治。若武官及其子弟有犯此者。不許復職承襲。永爲定制。英宗正統元年。嚴誣告反坐例。又令雜犯死罪。納贖未完。又犯死罪者。決杖一百。再收贖鈔三十六貫。仍照先犯原擬發落。二年。令盜

賊株連者勿捕。又諭法司。囚不服辯致抑徇原訊者。罪無赦。三年。申明擄拾婦女之禁。又定義女爲妾罪例。四年。立妄援重律之禁。五年。立侵欺軍糧禁例。定盜掠銀礦新例。爲首者處斬。從者發落。又定罪囚無力輸贖充軍擺站事例。更復軍丁力士犯盜戍邊例。凡軍丁力士犯盜。不准輸作復役。一體戍邊。又定枉法贓充軍之例。六年。命通示審囚官讞獄事宜。凡六品以下。以分巡御史及按察司官取問。又明代承宋代之舊。凡犯盜者。刺其字於臂。後以不足爲禁。更扃其門曰竊盜之家。使之知所畏懼。至是依刑部言。始罷竊盜立牌額例。八年。又定竊盜遇赦之例。初犯遇赦不刺字。九年。定納草贖罪例。死罪納草一千八百束。三流並徒三年一千四百束。徒二年半以下。依次遞減。又命受財教唆誣告平人者充軍例。又命會審參用詳審例。十年。嚴禁囂越誣告遷戍之例。凡誣告十人以上者。軍發邊衛。民遷口外。十二年。令凡以後妻所攜前夫之女爲子婦。及以所攜前夫之子爲壻者。並依娶同父異母姊妹律減等科斷。十三年。又定奸義婦律。凡姦義男婦者。比姦前夫之女。應徒。男與婦仍歸本宗。强姦者處斬。十四年。定生員犯罪等差。犯輕罪者。充吏。若犯受贓、姦盜、冒籍、科舉、挾妓、飲酒、居喪娶妻等罪者。南北直隸發充兩京國子監膳夫。各省發充鄰近儒學齋夫膳夫。滿日原籍爲民。英宗北狩。景帝繼統。景泰元年。復義子女等不孝舊例。舊

例。凡告義子義女義婦等不孝者。必審其四鄰。又必驗其年歲。必須在十五歲前過房鞠養者。始坐以不孝。不然。但以僱工人毆罵家長律坐之。後奉詔革除。至是又恢復。又令問擬笞杖罪囚。有力者納鈔。笞十。納二百貫。每十遞加。至一千貫止。杖六十。納一千八百貫。每十以三百貫遞加。至三千貫止。又詔官吏人等為事充軍者。止終本身。二年。定婦女犯徒流笞杖。依男子例減半收贖。官軍及子孫有犯敗倫傷化者。俱革職不許承襲。四年。更定輸作贖罪例。死罪五年。流罪四年。徒如本限。杖百六月。笞五十三月。每降一等。俱遞減半月。或運糧運石。或煎鹽炒鐵。五年。詔法司不許妄加參語。並定遠人犯罪律。凡各省遇蠻夷人有犯。若係眞犯死罪。依律處決。笞杖罪。的決發還本部族。流並雜犯死罪。照工匠樂戶及婦人犯罪律。各杖決一百。餘罪收贖。亦發還本部族收管。六年。禁鞫囚二弊。論罪不當者。三次以上。送別衙門推鞫。原問不當者。罪之。犯輕罪者。應律正條處治。不准比附從重。英宗復辟。天順三年。定朝審之制。每歲於霜降後。凡應決重囚。三法司會公侯伯審錄。蓋即秋審也。此法沿至清末而始廢。五年。命法司詳定運磚運炭等例。宣宗之時。曾定運磚贖罪例。至是又加運炭。每笞十。運灰一千二百斤。磚七十個。碎磚二千八百斤。水和炭二百斤。石一千二百斤。餘四笞五杖。各遞加之。徒一年。運灰一萬二千斤。磚五百個。碎磚二萬四

千斤。水和炭一千七百斤。石一萬二千斤。餘四徒三流各遞加之。雜犯死罪運灰六萬四千二百斤。磚三千二百個。碎磚十二萬八千斤。水和炭九千斤。石六萬四千二百斤。又戒法司。凡錦衣衛所行事枉人者。許與辯理。憲宗成化元年。令讞囚者。一依正律。盡革所有條例。於是凡一切刑獄。悉依太祖洪武二十二年頒行之大明律。必律有未載者。始得援引各種條例。然憲宗此諭。專對武臣犯法者所設。蓋武臣犯罪。舍律用例。於是益縱蕩不檢。因從遼東巡撫滕昭言。而有是諭。其他則一仍舊貫。律與例並行。卽憲宗自身。亦續續有新例頒行。二年。定罪囚納馬贖罪例。徒二年與二年半者。納馬一匹。徒三年與流罪。二匹。死罪。則納三匹。又令罪囚納豆贖罪例。死罪五十石。流以下有差。又定婦人犯法贖罪例。四年。命分別賭博輕重等差。計分三等。五年。申明大理寺參問刑官之制。六年。嚴刼盜梟首之例。凡刼盜處決。卽於行刼處所梟首示衆。更申誆騙財物遣戍例。凡放官債者。一體禁止。蓋京中小人。多放官債。臨行債主卽同官到任。以一取十。故有是禁。凡假姓名誆騙財物者。事發枷號部門三月。發烟瘴地方充軍。七年。禁革官司科刑。凡官司於軍民詞訟。悉依律問擬。不得擅自科罰。違者治罪。蓋官吏聽斷詞訟。輒罰人財物。始則暫寄官庫。終則通同庫役以入己。故有是禁令。又申明罪囚有詞改調別問之例。凡州縣所上之獄。有問招不

明。擬罪不當。或有詞稱冤者。則改調別衙門問理。不許仍由原問官審問。蓋使駁回重問。則原問官或偏執己見。或顧慮考成。必重加酷刑。於是犯人雖有冤枉。亦不敢再言。因須改調別衙門審問。此誠善法。試觀淸代凡按察使駁回覆審之案。州縣官必以酷刑加之。使不敢復呼冤而後止。卽此可見。其後十一年。又下令禁酷刑訊囚。十二年。令有司買藥餌送部。又令廣設惠民藥局。療治囚人。十三年。置西廠。令官校刺事。明初制度。凡詔獄者。一體付錦衣衞。餘則歸三法司。至成祖篡位。以監視惠帝舊臣。故特令中官立東廠。令嬖暱者提督之。緝訪謀逆妖言大奸惡等。與錦衣衞均權勢。至是因劉瑾用事。更設西廠。令官校刺探各事。東西兩廠爭用事。紛遣邏卒刺事。無賴子乘機爲奸。於是天下皆重足立。且創例罪無輕重。皆決杖永遠戍邊。或枷項發遣。枷重至一百五十斤。不數日輒死。至十八年。劉瑾伏誅。西廠始廢。十四年。定諱盜罪例。一二次不報者。停俸。三次者。戴罪俱捕盜如故。四次以上者。降等敍用。同時定會審重獄事宜。凡一切重獄。悉由刑部交付大理寺。如事有可疑情有可矜者。駁回再問。如情實者。則奏請依律處決。回報原問衙門。如爲監候。則照例具奏。引犯人赴承天門外。會同多官審錄。其審錄時。原問原審並接管官員。帶原卷聽審。蓋卽所謂圜審也。十五年。命毀坊刻會定見行律條。蓋是時坊間。除出版大明律外。更將

歷朝所定條例。彙輯成書。名曰會定見行律條。然秕謬百出。多無依據。因下詔銷毀。自後法司斷罪。一依大明律並奏准見行事例。有再稱會定律條比擬出入人罪者。以故出入論。十七年。定兩京五年大審之例。又定挾詐得財罪例。凡指京官並三司以下官名及以官府使用爲詞誑財者。俱計贓不分首從。悉連屬發邊衞充軍。原係邊者。發極邊守哨。職官有犯。亦一體發遣。十九年。定竊盜三犯罪例。凡三犯竊盜計贓至滿百貫者。處以死刑。二十一年。定軍犯族屬分別同異籍之例。凡全家充軍者。除謀逆不限籍之同異外。其餘罪犯。戚屬各居異籍者。並予豁免。孝宗卽位。對於司法頗知愼重。一再勅法司詳審。並恢復舊制。凡移提人犯。須所在官司驗精微批文。與符號相合。然後發遣。不得僅憑駕帖。五年。命删定問刑條例。彙集前後奏准事例。分類編輯。至十三年。裁定成書。計經久可行者。有二百九十七條。通行內外遵行。六年。令審錄錯誤者。以失出失入論罪。其受賄及任己見者。以故出入人罪論。又定拷訊致死之罪。凡故勘平人民抵命。刑具非法者除名。十一年。定親屬相姦罪例。十二年。嚴侵盜倉糧之罪。不及百石者。從常論罪。責償。百石上者。從重論罪。又令問斷遣發罪人。有自願本地充軍者。聽。不欲者仍口外爲民。又嚴禁分守等官并勢家與海西建州部人聯親抵易買馬。犯者按問治罪。遇赦不宥。所謂建州部人者。卽滿洲人

也。十三年。嚴私通朝貢人之禁。十四年。定折收銀錢之制。凡例難的決人犯並婦人有力者。每杖百。應鈔二千二百五十貫。折銀一兩。每十以二百貫遞減至杖六十。爲銀六錢。笞五十。應鈔八百貫。折銀五錢。每十以一百五十貫遞減至笞二十。爲銀二錢。笞十。應鈔二百貫。折銀一錢。如收銅錢。每銀一兩。折七百文。其依律贖鈔。除過失殺人外。亦視此數折收。十六年。嚴威逼父母致死之律。十七年。嚴妖書惑衆之禁。又定强占屯田遷發之例。凡占田五十畝以上者。軍改發邊衞。民遷口外。更定老幼廢疾犯罪充軍例。凡年在七十以上十五以下及廢疾人眞犯死罪者。奏發充軍徒流以上合充軍者。本身自犯。聽收贖。有壯丁主使者。只坐主使之人。又定天文生犯充軍罪例。又申嚴勳戚家人倚勢擾民之禁。又定原問官罪例。嚴藏匿盜賊之罪。申明殺人不同謀及臨時拒捕之律。武宗卽位。復設西廠。正德二年。定錢鈔兼收之制。如杖一百。應鈔二千二百五十貫者。收鈔一千二百五十貫。錢三百五十文。依次遞減。五年。閹臣奏請改定近例。凡王府逃校。窩主鄰右連累者。一體釋放。使用假銀。僞造印信。以及舉放私債。照本律問罪。餘皆放免。充軍正犯已故。無子婦人及一應家屬。概予免遣。死罪重訴三次者。免加罪。婦人無夫者。免配邊軍。犯罪家產。除重罪外。概免沒官。文武官罰米。家貧者展限。仍免倍納。此蓋李東陽等奏請施行也。十年。詔凡

侵盜部解官物。照侵盜庫倉科斷。十三年。定子弟刼父兄罪例。十六年。禁武臣罪刑。世宗嘉靖二年。令決囚務於未刻前畢事。三年。詔今後除反逆緣坐外。凡減死永遠充軍。未遣而死獄者。俱免勾補。五年。申明訴冤之例。凡民人訴冤者。止許赴通政司或登聞鼓下投遞。有擅入禁門叫訴者。重治之。若申訴得實。原問官從重究治。容情不參奏者。一體治罪。六年。更定充軍例。凡有罪應充軍者。斟酌律例。從宜編發。遠不過三千里。程不過一二月。以充軍人走死。解尸貼累。又編欽明大獄錄。頒示天下。此欽明大獄錄。乃張桂署三司時。得請於帝而爲之。名曰欽明。實冤獄耳。七年。罷官校提人之例。嚴妄殺報功罪例。又更定贖罪條例。分在京及在外爲二。在京者。有做工、運囚糧、運灰、運磚、運水和炭五等。做工。則每笞十做工一月。折銀三錢。至徒五年。折銀十八兩。運囚糧。則每笞十。運米五斗。折銀二錢二分。至徒五年。則爲五十石。折銀二十五兩。運灰。則每笞十。運灰一千二百斤。折銀一兩二錢六分。至徒五年。則爲五萬斤。折銀五十三兩。運磚。則每笞十。運磚七十個。折銀九錢一分。至徒三年。則爲三千個。折銀三十九兩。運水和炭。則每笞十。運二百斤。折銀四錢。至徒五年。則爲八千五百斤。折銀十七兩。運灰最重。運炭最輕。在外者。則分有力及稍有力二等。有力者。視在京運囚糧例。每米五斗。納穀一石。初折銀上庫。後折穀上倉。稍有力。視在京做

工年月爲折贖。婦人審有力與命婦軍職正妻及例難的決之人。贖罪。應鏝鈔兼收者。每笞杖十。折銀一錢。其老幼廢疾婦人及天文生餘罪收贖者。每笞二十。應鈔六百文。折銀七厘五毫。八年。中官吏貪酷及故禁故勘評律。凡官以贓故及故禁故勘平民至死者。依律絞或斬。犯枉法贓者。追贓入官。仍問軍發遣。酷刑致人死者。雖因公亦照例革職爲民。十五年。詔自後有犯辜限外人命。俱遵律例議擬。奏請定奪。二十年。詔自後有私以首功相鬻者。不分受財與否。俱問發充軍。二十二年。定僞茶謫戍例。凡犯僞茶五百斤以上者。本商與轉賣之人。俱謫戍近衞。原係近衞者。調邊遠。主家匿僞茶至千斤以上者。亦依前例編發。其不及數者。比私鹽律。又定僞造文書事例。二十八年。詔增定問刑條例。問刑條例。定自孝宗弘治十三年。計二百九十七條。世宗即位後。別增新例。因是命將問刑條例重爲修訂。至三十九年成。頒行中外。計二百四十九條。有司任情妄引者。重治。同時又詳定贖條例。凡軍民諸色人役及舍餘審有力者。與文武官吏監生生員冠帶官知印承差陰陽生醫生老人舍人。不分笞杖徒流雜犯死罪。俱令運灰運炭運磚納米納料等項贖罪。但行止有虧者。則官吏人等。應再革去職役。審無力者。笞杖罪的決。徒流雜犯死罪。各做工擺站哨瞭。發充儀從。情重者煎鹽炒鐵。死罪五年。流罪四年。徒按年限。其在京軍丁人等無差

占者。與例難的決之人。笞杖罪令做工三十四年。又增問刑條例九條。一、凡犯姦緦麻以上親之妻及妻前夫之女同母異父姊妹者。姦夫近衞充軍。婦女離異歸宗。聽夫嫁賣。一、凡用財冒襲軍職者。俱依妄告冒籍不實之例。並保勘官俱罷職。永不得襲。若有贓。以枉法論。一、凡宗室悖逆祖訓。出城越關赴京者。即奏請先降爲庶人。送回。一、宗室互相訐奏。行勘未結而輒誣奏勘官。及以不干己事揑奏者。不論事情輕重。俱寢不行。一、軍職犯死罪及充軍者。子孫俱不許襲。一、沿邊總兵以下官員。但有科斂入己。贓至二百兩以上。戍邊。四百兩以上。梟示。一、沿邊海寇至不能固守。致賊陷入衞所。掌印官與捕盜官。俱比守邊將帥失陷城塞律斬。府州縣降級別用。其府州縣原無衞所專城之責者。如有前項失事。不分邊腹。掌印捕盜官。俱比牧民官激變良民因而失陷律斬。一、凡搶奪至三次犯罪者。俱比竊盜三犯絞罪奏請定奪。一、凡軍職有倚勢役占。並受財賣放餘丁至三千名以上。致廢防守。俱比賣放正軍包納月錢至二十名以上事例。罷職戍邊。穆宗即位。隆慶三年。更定買休賣休例。又敕刑科參議決獄。自今一切犯罪當論者。宜下法司。法司擬議不當者。下九卿等參議。四年。申讞審決囚事例。五年。刊布律例諸書。至神宗時。萬歷二年。又將律例頒行中外。首大明律。次問刑條例。最後附以嘉靖三十三年後未經補輯之各種條例。三年。

嚴禁三司首領州縣佐貳官貪汚不職。除照例追贓問遣外。正官不行舉報者。仿古連坐法。參論罷斥。又令京師巡城御史。不得擅問官軍。更申嚴貪酷之禁。凡守令贓私顯著者。追贓並押發各邊。自行輸納。完日回籍爲民。官吏因受入財及法外用刑。增減入重罪至死者。坐以死罪。五年。詔治隱匿盜情者罪。六年。嚴私鑄律。爲首者論死。餘各問罪不貸。七年。改侵盜錢糧。如侵盜邊海錢糧一倍者。亦照邊海事例。舊例盜銀二百兩糧四百石者。罪論斬。此在邊海行之。以比腹裏較重也。如在腹裏。則侵盜錢糧者。皆准徒五年。今則改爲腹裏侵盜錢糧。如銀滿四百兩糧滿八十石者。責限一年完贓。永遠充軍。過限不完者。與邊海同。一體處斬。又定廣東盜珠罪例。廣東珠池之盜。因無律例。概以强盜罪之。然實太重。因有是例。比常人盜官物併贓論罪。免刺。仍分爲三等。其拒捕者爲一等。首從俱遠戍。若殺傷人者。爲首者斬。不曾拒捕。聚衆至二十八以上值珠銀二十兩以上者爲二等。爲首者戍。爲從者枷號三月。照罪發落。人與珠俱不滿此數者爲三等。初犯枷三月。又申明武職犯贓罪例。十一年。申審決之例。凡三司審決罪囚有情與律背事與招違者。卽爲辦理。事雖不寃而執詞不服者。亦緩決待再審。又禁革訪察科罰等弊。凡內外廠及錦衣衛。只可遵照勅旨。訪察不軌妖言人命强盜重案。其外軍民詞訟。一概不得受理。在外巡按。亦不得

輕易訪拿。更不許官吏罪外濫罰。須一依律文科罪。原來神宗之時。中官馮保擅權。以司禮兼廠事。建廠於東上北門之北。名曰內廠。蓋卽西廠之變相也。西廠自武宗正德元年重建後。未幾又廢。至是而又有內廠之設。而更名其東廠曰外廠。與衞相頡頏。置重枷一百五十斤。更有重至三百斤者。名曰立枷。以木柱之。犯者晝夜跂立。無不立死。而又任意訪拿。京中亡命誆財挾仇者。皆視廠爲窟穴。得一陰事。卽行密白。一時人心惴惴不自安。故有是禁。然禁者其名。而廠衞之凶橫。依然如故。十二年。嚴私行披剃之禁。先是太祖洪武二十七年。禁僧道募化私創庵堂。違者罪。成祖永樂元年。又禁軍民私自披剃。違者罪。今又重申是禁。凡披剃年在四十歲以下並無度牒者。放歸農。或遞還本籍。或收入里戶。私會者坐以左道惑衆罪。又定貪官計贓論罪條例。凡贓至五十兩以上者。卽引枉法例。若止因公科斂。仍依律議以雜犯絞罪。准徒。十三年。新問刑條例書成。凡世宗嘉靖三十四年後一切詔令。及宗藩條例、軍政條例、捕盜格條、漕運議單等。與刑名有關者。一體纂入。凡三百八十二條。刊布中外。其後又申明刺字事例。十五年。令府州縣自理罰贖。俱令折穀。不許納銀。有徒杖不能全完者。量減石數。其充軍罪重情輕者。亦許納贖。又定在外法司單奏例。凡罪重者。准法司單奏卽決。二十一年。命榜示省刑條例。時中官專政。好以嚴酷。刑部

尙書孫丕揚。因上書請省刑。計分八項。每項省刑四條。共爲三十二條。一、律例原無宜省刑者四條。勿用磨骨釘、寸寸、緊夾棍、勿用數百斤三四人立枷。勿用帶根板、水缸杖、生樹棍。勿用腦箍、竹簽、嘴掌、背花。二、論理當重宜省刑者四條。父子兄弟告者。恕父兄刑。夫妻尊長告者。恕夫與尊長刑。子弟替父兄誣告者。省子弟刑。妻妾替夫誣告者。省妻妾刑。三、刑流防過宜省刑者四條。先枷撻者後莫枷撻。人枷撻者我莫枷撻。已刑下體莫刑上體。已撻輸家莫撻贏家。四、情偏防過宜省刑者四條。勿偏聽原被告加刑。勿過疑證佐加刑。勿出我聰明加刑。勿怒人强項加刑。五、避天時宜省刑者四條。早辰宜省刑。寒暑宜省刑。霜雪宜省刑。節令宜省刑。六、體人情宜省刑者四條。屍親宜省刑。口訥宜省刑。救尊長者宜省刑。訴寃枉者宜省刑。七、人可矜者宜省刑四條。老少者宜省刑。飢寒者宜省刑。疾病初愈者宜省刑。殘廢篤疾者宜省刑。八、人可疑者宜省刑四條。官員宜省刑。生儒宜省刑。婦女宜省刑。賊情曖昧者宜省刑。帝因通榜示諭。孫丕揚此條。雖其中不免有迂拘之見。大悖乎法理。然其第一項所舉者則正急不可緩之圖。且可見明代獄吏之殘酷。往往於法律外以嚴刑加人。而人民之無辜遭其殃者。亦正不知凡幾。如所言磨骨釘、寸寸、緊夾棍、數百斤三四人立枷、帶根板、水缸杖、生樹棍、腦箍、竹簽、嘴掌、背花等。則皆爲律所不見。例所未載

者。乃有司居然行之而無忌憚。禮治乎法治乎人治乎。眞無以名之也。然神宗雖通榜示諭。而司法者仍視若無覩。不數年而魏忠賢秉政。其勢益橫。朝士大夫之被其毒者。不可勝數。先後六君子。橫受搒掠。體無完膚。以至於瘐斃獄中。神宗此榜。眞一廢紙之不若。是可見君主專制政體下之所謂法治者。全爲官樣文章。實完全爲一種人治也。其人而爲寬厚者。則流於失出。其人而爲嚴酷者。則流於失入。而要之皆爲刑罰不中。律以法治主義。均無一而當。孔子曰。刑罰不中。則民無所措手足。人治主義之下。蚩蚩者氓。將何所措其手足哉。同時又行歲清之制。先是憲宗成化十七年。詔定兩京五年大審之例。凡五年命內臣會同三法司堂上官於大理寺錄囚一次。南京則命內守備行之。有所矜疑。卽行放遣。此以中官而干涉司法。實爲司法獨立之大障礙。至是以五年審錄一次。難免寃抑。因照兩京矜疑事例。於巡撫每歲錄審外。再立澄清囹圄之法。每當春和。聽南北兩直隸及十三省各撫巡官會行所屬問刑衙門。各審部內輕重囚犯。按察司居省會。卽審省會之囚。守巡道有分土。卽審各道之囚。皆親身巡行。不得調審。爲諸令累。亦不得委守令。輕罪往自發落。重罪仍聽部覆。是謂歲清之制。二十三年。御史李宗延上言。每歲囚犯。內有熱審。外有歲清。熱審會集多官。衆議僉同。歲清止一道臣。假屬率易。且春爲歲清。冬爲處決。中爲審

錄。上解者三。又屬勞擾。乞勅刑部咨行各省直撫按官。能歲清而比照熱審事例。每五六月。流徒笞杖。各減一等。應枷號。暫免兩月。其充軍死罪。情可矜疑。入官給主。贓多監久者。按臣會審明的。未奉單者。徑自發落。已奉單者。差終題豁。帝從之。因罷歲清之制。改每歲清理刑獄之例。三十七年。增定失陷從賊罪例。限大小文武官員被賊攻陷城池。不即拒敵。輒怯死從賊。導引焚刼。有顯迹者。處以斬。秋後處決。三十八年。定軍職犯盜自首降襲事例。凡自首免死者。應襲之人降一級承襲。熹宗即位。魏忠賢秉政。一時慘酷之刑。徧於天下。於內外廠設斷脊、墮指、剝皮、剜舌、刺心等非刑。遇有刑獄。輒加搒掠。且受全刑。曰械。曰鐐。曰棍。曰拶。曰夾棍。五毒備受。不減於秦之具五刑。懷宗即位。深知其弊。令法司衙門。究治罪人。按律用本等刑具。永革大枷。不得復用。崇禎十一年。又定編遣事宜。以千里爲附近。二千五百里爲邊衞。三千里外爲邊遠。其極邊烟瘴。以四千里外爲率。止拘本妻。無妻則已。不許擅勾親戚鄰近。如疾痼老幼。准發口外爲民。十四年。議更定問刑條例。然是時已四方多故。羽書告急。上下皆不暇爲此。終明之亡。卒未果行。夫明代法制。始終嚴酷。自太祖以至懷宗。無一不尙嚴峻。絕無漢唐宋仁厚之風。而太祖創設錦衣衞。成祖創設東廠。以法司之權。或付諸武人。或付諸刑餘。以是所謂三法司者。反無甚實權。名雖司法。而不能司

法。若廷杖之制。亦爲古今所未見。以故司法之黑暗。無以復加。雖秦代亦不是及。然而其國祚亦卒亡於是。使無魏忠賢之驕橫。則民心不去。民心不去。則闖獻亦無從猖獗。清兵更未易入關。故明之亡。實亡於此。彼好以嚴刑峻法御下者。多見其不知量也。古代則爲秦。近世則爲明。語曰。殷鑒不遠。卽在夏后之世。誠足鑒也。故今世文明國家。命令不得變更法律。而法律之成。必由於人民或代表人民之議會。且非依法定程序。不得變易。而司法者亦只可奉法而行。不得於法外妄有所誅求。故必取罪刑法定主義。不得比附援引。誠以非此則人民無所措手足。無論司法者過乎仁。或過乎義。皆非法治之精神。而欲整齊畫一。則非法治不爲功。此實治國之正軌。足以一掃禮治或人治之流弊者也。

第六節　清

清之先本爲滿洲。無文化之可言。故亦無法制之可言。與元之蒙古無少異。至太祖努爾哈赤。始行崛起。自稱滿洲汗。建國建元。定旗制。立百官。然對於法制。尚無有何進展。悉依舊例。凡罪重者。則處以斬刑。次之則爲割脚筋及鞭朴。而在軍隊中。則更有穿耳鼻者。蓋完全野蠻時代之習尚也。其司法之官。則設聽訟大臣五人。札爾古齊十人。凡事先由札爾古齊審問。然後言於五臣。再加審問。然後言於貝勒衆

議既定。再行奏聞定讞。禁止私行聽斷。天命五年。定藏匿姦細之罪。隱匿壯丁之罪。五年。命豎二木於門外。凡下情不得上達者。書訴牒懸諸木。又設刑部承政參政啓心郎等官。以治獄訟。六年。諭凡應死應笞應罰之罪。如係勤勞有功之人。則當死者贖。當罰者免。當笞者戒飭而釋之。七年。頒欽定法律。宣示滿洲及外藩蒙古諸國。然甚爲簡略。不成其爲法典。又滿洲制度。階級甚重。主奴之名分較然。無敢踰越。且世世相襲。爲主者永遠爲主。爲奴者永遠爲奴。而主家則有屯田。命奴耕治之。凡奴之生殺予奪。悉由其主主之。故奴不得有私財。即妻子亦任主家支配。而滿洲人之戶口。則以兵籍編制。分爲八旗。正黃、正白、正紅、正藍、鑲黃、鑲白、鑲紅、鑲藍是也。每旗設大臣二人。其後平蒙古及割據遼陽後。更設蒙古八旗。漢軍八旗。凡旗民悉有屯田。即所謂主也。其下奴婢。則附隨於主。不得獨立戶籍。專以供主之支配者。蓋不齒於人類。竟視爲主家之財產也。其上則有郡王、貝勒、貝子、輔國公、鎭國公等。以統治之。天命時。始申禁主不得擅殺奴婢。不得擅取奴家牲畜。更於每旗中另設大臣二員。聽斷獄訟。蓋爲司法之官也。又嚴禁誣告。定告訐不實反坐之例。然又定奴僕訐告離主條例。凡主人有私行採獵者。出征所獲私行隱匿者。擅殺人命者。姦屬下婦女者。將屬下從征效力戰士隱匿不報。而以並未效力之私人冒功濫薦者。則准其奴

向大臣或刑部申訴。如得實者。許其離主。恢復自由。不再爲奴。更定主家擅奪有夫之婦給配他人及奴姦拐有夫之婦別投主家者之罪。太宗天聰及崇德時。又續續頒定律例。然偏於軍事者爲多。如殺降罰例。如出征違令罰例。如擅奪俘獲婦女罰例。皆屬於此。其不關軍事者。則爲出境買賣烟草罰例。私娶蒙古部落女罰例。縱畜入田罰例。貝勒擅殺人命罰例。貝勒姦屬下婦女罰例。貝勒審事枉斷人罪罰例。皆爲太宗時所定之法制。貝勒者。係滿洲語。卽部長之意。旗民有罪。則依律處斷。或罰或笞。或割脚筋。或貫耳鼻。而其長如所謂郡王、貝勒、貝子、輔國公、鎭國公者。則僅罰鍰以示禁。不與旗民齊科。亦有不罰鍰而令其罰牛羊等牲畜者。至於奴則全無法律保障。蓋與牛馬同視也。世祖入關。滅明而有中國。始仿中國之例。凡對於漢人治罪者。一體沿用明律。並諭諸王官民人等。有將漢人徑充役使及給資貿易占踞行市虧損稅額者。一體置之重典。更嚴禁漢人犯罪後投入旗下。或託名旗民。一面亦嚴禁旗民逼脅漢人投充爲奴。並嚴禁漢人雜處旗下。蓋明律只用以治漢人。對於旗民則仍依據滿洲舊制也。順治二年。勅修律官參酌明律及滿漢條例。分別輕重等差。定杖流絞斬之律。並勅法司詳察覆奏朝審熟審停刑舊例。三年。除割脚筋法並貫耳鼻之刑。並頒行大淸律。其內容一仍明律而損益之。大抵因者多而革者少。

且有御製序文。共四百五十八條。刑分五等。一曰笞。自十至五十。每十爲一等。用小竹板折責。每十折責四板。但對旗人則以鞭代之。二曰杖。自六十至一百。亦每十爲一等。用大竹板折責。折數與笞刑相等。三曰徒。發本省驛遞。自一年至三年。每半年爲一等。各依年限應役。役滿回籍。每徒各有附加刑。徒一年者杖六十。年半者杖七十。二年者杖八十。二年半者杖九十。三年者杖一百。到配折責。四曰流。刑安置遠方。終身不還。分二千里二千五百里及三千里爲三等。並杖一百。到配折責。五曰死刑。曰絞曰斬。各分立決與監候二者。立決者。卽明代之決不待時。於審結後。卽咨部奏聞。經帝批准。卽覆文到省。不論何時卽行執行。監候者。則須俟秋審時奏聞定奪。又分情實、矜疑、及緩決三者。情實者。卽予勾決。矜疑者。減等治罪。緩決者。俟來年秋審時再行核奪。凡三次未勾決者。則予以減等。若立決。則立時勾決。不及秋審也。此五刑外。有較流徒加重者。一曰充軍。發邊遠安置。更有發東三省給披甲人或厄魯額爲奴者。一曰邊外爲民。發邊外安置。一曰雜犯流罪。准徒四年。一曰雜犯死罪。准徒五年。其外更有凌遲戮屍等刑。又定獄具之制。一曰板。以竹篦爲之。大頭徑二寸。小頭徑一寸五分。長五尺五寸。重不得過二斤。一曰枷。以乾木爲之。長三寸。徑二尺九寸。重二十五斤。一曰杻。以乾木爲之。長一尺六寸。厚一寸。一曰鐵索。以鐵爲之。長七

尺。重五斤。一曰鐐。以鐵爲之連環。重一斤。徒罪以上用之。命盜重案供詞不實者。男子用夾棍。女子用拶指。夾棍以梃木三根。中木長三尺四寸。旁木各長三尺。上圓徑一寸八分。下方闊二寸。自下而上至六寸。於三木四面相合處。合鑿圓窩。徑一寸六分。深七分。拶指以圓木五根爲之。各長七寸。徑圓各四分五釐。又定刺字之法。凡重囚應刺字者。旗人刺臂。奴僕刺面。漢人犯徒罪以上刺面。杖罪以下刺臂。再犯者亦刺面。逃犯刺左。餘犯刺右。初犯刺左者。再犯累犯刺右。初犯刺右者。再犯累犯刺左。字方一寸五分。畫闊一分半。又頒行五刑贖罪圖。凡贖刑輕者爲收贖。若年七十以上。十五以下。及廢疾犯軍流以下罪者。或樂戶象奴及習業已成之天文生。罪止杖笞者。或過失殺傷人。自笞罪至絞罪者。並准收贖。次輕者爲折贖。若命婦正妻例難的決者。杖罪餘罪。並准贖免。重者爲納贖。分有力及稍有力二等。若軍民有力。若舉貢生監人等犯姦非盜詐僞者。流徒以下。並聽納贖。凡笞杖徒流雜犯死罪。在京俱令其做工及運米炭磚等。計數准銀。各有差。外省照例分別有力稍有力。依數遞折贖。又凡年在八十以上。十歲以下。及篤疾者。犯殺人死罪。擬奏取自上裁。盜及傷人者。一體收贖。而官員罪應鞭笞杖責者。罪俱依律折贖免責。更定籍沒之制。凡犯罪除謀反重犯須收家產人口入官外。餘犯概免籍沒。此則悉明定於大清律上者也。

其後又增籍沒之例。凡隱匿錢糧及漢人投充旗下生事害民者。與謀反同論。家產妻子。仍予入官。四年。恢復大理寺職掌。又定重犯臨決稱冤之例。凡死罪犯囚於臨決稱冤或家屬代訴稱冤者。應即再與推鞫。事果冤屈。即同原審官改正。倘不爲伸理者。分別失入故入論罪。又申定赦例。凡犯十惡、殺人、盜官財物、强盜、竊盜、放火、發塚、受贓、詐僞、犯姦、略人略賣和誘人口、奸黨、讒言、故出入人罪、知情故縱、聽行藏匿、以及說事過錢之類。皆遇赦不原。五年。定耆民連民之法。八年。定軍營罰例。又勅在京問刑衙門。滿漢諸臣有犯。必先奉旨革職。毋得徑行提審。又增設刑部理事官十四員。又定矜恤獄囚之例。每日給倉米一升。冬給棉衣一襲。夜給燈油。有患病者。令醫生診視給藥。並酌寬刑具。非法凌虐者。一體治罪。又恢復明代熱審之制。定每年小滿後十日舉行。無干連者。即日釋放。笞杖徒流。次第減免。十年。設督捕衙門。專理緝逃捕盜事宜。隸於兵部。又定朝審之制。此制亦沿自明代。於霜降後十日舉行。由三法司會同九卿科道官。將斬監候絞監候重囚。逐一詳錄。分別矜疑、緩決、情實三項具題。矜疑者照例減等。緩決者仍行監禁。情實者。刑部三覆奏。得旨予勾者。方行處決。十一年。增定熱審減等之例。原例凡各省犯案在熱審之前到部者。准行減等。蓋凡有可減輕者。各省例於小滿後十日具狀奏請。現改爲各省具題。苟在熱審之

時到部者。雖過熱審之期。亦准減等發落。十二年。頒行滿文大淸律。蓋大淸律不僅施行於漢人。卽旗人亦多準用之。不過關涉旗人者。另由滿洲官治理。且有特定若干條例。專以施諸旗人者。如漢人用笞者。在旗人則用鞭。漢人犯流徒者。旗人則折責鞭朴。又定䘏刑事例。凡遇䘏刑之年。一概停止秋決。十三年。定旗人犯軍流徒罪折枷責之例。軍罪枷三月。流罪枷二月。徒罪枷一月。仍責以應得鞭數。職官本身及妻子。俱照例准贖。舊例。凡旗人犯軍流徒者。概以鞭責完案。與漢人不同。至是始有是詔。又定惡棍設法索詐之罪。不分得財與否。爲首者。絞立決。爲從者。漢人責四十板。邊衛充軍。旗人枷三月。鞭一百。同時又嚴地方官隱諱盜賊之罪。衙門蠹役之禁。十四年。更定滿洲隱匿逃人之罪。申定私鑄錢文律。十五年。定行財說事及番役私拷之罪。又定理藩院大辟條例。凡發貝子塚者。截殺降人爲首者。刼奪死罪人犯爲首者。公行擅奪財物者。與逃人通謀給馬匹遣行者。挾仇行害放火燒死人畜者。臨陣敗走者。故殺人者。鬬毆傷重五十日內死者。悉處斬。夫私殺其妻者。盜人口及駝馬牛羊者。誤傷人命無中證可據有應坐故殺償命者。悉處絞。此則專用於旗人及蒙古人。漢人則不在此例。仍依大淸律處斷。十六年。申定誣告之罪。又定官員貪贓杖流之例。又詔凡旗下投充人等有犯強盜者。由地方官審題請旨。毋使解部。由滿

洲官鞫治。又嚴禁積蠹棍徒窩訪賣訪。違者以光棍論。爲首者絞立決。又定查解逃人事例。十七年。定正月停刑之例。卽斬立決及絞立決者。亦過正月行刑。又定訟師訟棍串通衙役詭名誣告詐財罪例。違者依光棍律。爲首者立絞。並校定律例。以大淸律及順治四年後所頒各例、並盛京定例、刑部定例。分別增入律中。以滿漢文頒行中外。同時又申嚴問刑官濫用刑訊之禁。十八年。聖祖嗣位。又增新律。定光棍招搖嚇騙挾詐官長罪。犯者以強盜律擬罪。又嚴禁奸民隔屬赴控。又定盜犯引線之罪。又更定旗人犯軍流徒罪折枷責之例。徒一年者枷二十日。一年半者二十五日。二年者三十日。二年半者三十五日。三年者四十日。流二千里者五十日。二千五百里者五十五日。三千里者六十日。充軍附近者七十日。邊衞七十五日。邊遠八十日。烟瘴九十日。因將充軍分爲五等。曰附近。曰邊遠。曰極邊。曰邊衞。曰烟瘴。康熙元年。定追贓不完之例。又定引律不確之禁。二年。定流犯身死妻子免遣之例。三年。申定過失殺人之律。先是滿洲舊制。凡過失殺人者。鞭一百。賠人一口。至是議定。凡犯過失殺人者。責四十板。追銀四十兩。給死者之家。免予賠人。又禁木籠之刑。江南浙江等省。有獄卒創爲木籠。以納囚站其中。至有站死者。至是嚴爲禁止。四年。定單丁養親之制。此制創自北魏。唐宋元明皆因之。至淸亦然。五年。申嚴搶奪婦女拐騙兒童

之禁。凡犯者從重治罪。如係旗人。將佐領及伊主。一併治罪。六年。嚴遞解逃人騷擾地方之禁。又嚴禁掠捕鷹鷂。騷擾地方。七年。定賭博禁例。八年。嚴定監犯逾限不審之禁。又申嚴在京文武官緝盜不力之令。更命刑部酌定現行則例。九年。更定停遣之例。凡流遣寧古塔等地處。自十月至正月及六月悉停遣。十年。嚴屬員被劾揭告上司之禁。十一年。定流徙罪犯在配竄逃之例。又定逃人二罪俱發以重者論之例。更定刑官妄讞株連之禁。十二年。定交代錢糧徇隱侵挪之例。又定贓犯絕產具題豁免及先參婪贓審無入己之例。十四年。申嚴匿名揭帖之禁。十五年。重定督捕則例。十六年。改定方術誘取良人及略賣良人子女律。凡誘取典賣或爲妻妾等事。不分所誘良賤及已賣未賣。爲首者立絞。爲從者。旗人枷責。漢人杖流。如止一人。即以爲首論。被誘之人和同者。俱如爲從之罪。非和同者不坐。以藥物誘取者。以略誘論罪。又定旗人犯入官罪例。更定侵盜錢糧一年不完者。其妻及未分家之子流徙。家產入官。十八年。定衙役詐贓之罪。十兩以上者。僉妻安插奉天。一百二十兩以上者處絞。是時現行則例成。頒行天下。十九年。嚴旗人私往外省之禁。又定軍流分別發配之例。貪贓官役發配之例。二十年。嚴刑具不一之禁。二十一年。嚴漢人賣身旗下仍留原住地方擾害之禁。二十二年。定旗人略賣人口處分之例。又定在京監斃人

犯處分之例。又定旗下官兵隱匿入官人口之罪。又改定發遣罪例。二十三年。申嚴盜竊之禁。又定誣良爲盜嚇詐財物之罪。二十四年定有司誣良爲盜之罪。本官照故入平人例。從重治罪。督撫不審出者。一併嚴議。更嚴定貪官不入緩決之例。二十五年。定私賣軍器之罪。違者充軍。又定軍犯定配之例。更定邊口禁例。凡蒙古人有擅殺內地民人者。不論幾人。俱斬。其妻子牲畜入官。竊盜民人牲畜者。爲首二人俱絞。仍將妻子牲畜入官。餘鞭一百。罰三九牲畜。蒙古人私入邊遊牧。雖不爲盜。罰其牲畜入官。民人往邊外伐木刈草。蒙古人有奪其食物者。不論幾人。將所乘馬匹盡行給還民人。仍鞭三十。二十六年。申嚴解役淩虐犯人及教唆搶奪之禁。又定流犯查提妻室例。凡犯流並及妻子者。先將本人發順天府羈候。再由地方官查提妻室。俟解到後。發順天府。夫妻一同發遣。二十七年。定借口子報父仇擅殺人者流徒。又禁有司官審案律例兩引。二十九年。更定强盜自首罪。凡傷人未死者。戍。未傷人者。徒。又年未及歲者。或被脅同行贓無入己者。一律免死杖流。三十一年。申拘訊婦女之禁。三十七年。申嚴酷刑之禁。凡大鐐、短夾棍、大枷。一體禁止。三十八年。縮小督捕衙門。改隸刑部。以歸畫一。又嚴蒙古盜馬之例。凡盜馬者。斬立決。三十九年。定地方官挪移之罪。凡滿銀至五千兩以上。或粮米至六千石以上者。革職。仍處流。不准折

贖援赦。四十一年。定父子同犯不准留養之例。又改定夫妻流犯在京發配之例。原例在順天府發配。至是改爲發回本省發配。又定流犯在配身故。准妻子回籍之例。四十四年。嚴胥吏刪改供詞之禁。四十七年。嚴流犯逃後犯法之例。又定私鑄錢文及工匠人等分別首從罪例。販賣私鹽者。准私鑄錢文例治罪。四十八年。定兩次竊盜發遣例。五十二年。定養子開戶及本旗原主互相欺詐之禁。又定民人控告州縣官例。凡被控者。暫免解任。交藩臬兩司審明情實。再行題參。五十三年。定造賣淫詞小說罪。凡犯者。杖一百。流三千里。市賣者。杖一百。徒三年。又定追賠贓銀及分賠事例。五十五年。定糾衆搶奪稻穀罪例。五十六年。定海船禁例。凡販運米糧出洋者。嚴拿治罪。船賣於外國者。造船與賣船之人。俱斬立決。又定强盜分首從例。五十七年。定徒罪以下。概免監禁。交佐領及地方官保出候審。又定冒充兵丁生事擾民者。照光棍例治罪。又定鬭毆傷輕因傷風及他病死者之例。五十八年。定沿海濱江用槍棍格鬭者分別首從流徙例。五十九年。定鹽梟就撫復販罪。六十年。定造言訛詐罪。凡揑造無影之言妄行訛詐錢者。本人發科布多等地方。妻同遣。世宗嗣位。對法制亦有不少損益。雍正元年。嚴八旗科派之禁。定僞造銀罪。爲首者絞監候。爲從及知情資使者。枷杖。又定捕盜處分及窩盜之例。二年。定銷毁刺字枷責之例。又定八旗

毆死奴僕處分之例。官員犯者。分罰俸、降革、鞭責三等。平人犯者。分鞭責、枷號、及罰銀給尸親三等。又更改單丁留養之制。如被殺之人。亦爲獨子。其父母亦已年老。不許留養。又更定逃人例。並命刊刻毆殺律。頒示天下。三年。嚴僧人犯法之例。定笞杖輕犯及牽連人速結之例。又申定挪移錢糧之罪。凡挪移一萬兩至二萬兩者。發邊衞充軍。二萬兩以上者。照侵盜例擬斬。俱限一年全完免罪。二年完者減二等。三年完者減一等。三年限滿。不能全完。查未完之數。照例治罪。是年頒行大清律集解。共三十卷。律文四百三十六條。律後附例八百二十四條。分原例、增例、及欽定例三種。先是康熙二十八年。奏准律例書內。有仍襲前代舊文而與本朝法制不相蒙者。有明載律文實非通行令甲者。請勅三法司諸臣詳核。將律之例分刊者合之。新舊之不符者通之。輕重之可疑者酌之。務期盡善。勒定成本。永遠遵守。至三十四年。纂成律書名例四十條。共六本。四十六年。纂成大清例律四十二本。然皆未頒行。所施行者。仍爲順治時頒行之大清律及康熙十八年頒行之現行則例。至雍正元年。奏准自康熙四十七年起至六十一年止見在遵守定例。並前纂成四十二本。一併交於九卿。互相參酌。攷訂畫一。繕寫進呈。至是書成。凡三十卷。頒行中外。名曰大清律集解。通計律文四百三十六條。每篇正文後有總註。或標舉大意。或逐節分疏。或釋正

文而兼及小註。或詮本條而旁及別義。異同條貫。眉目井然。律後附例三項。所謂原例者。係累朝之舊例。計三百二十一條。所謂增例者。康熙年間見行之例。計二百九十條。所謂欽定例者。係特旨及內外臣工條奏核准之例。計二百四條。律與例係並行者。夫以名言。則似律較例為尊。然引用者。則先例而後律。苟有例可援者。律即廢而不用。蓋律為前代所定。而例則現今所行者也。後法優於前法。故有例者。不復引律。夫例原以輔律。今竟奪律之席。則拘泥於律為先帝所手訂。不得擅議。故遇有修改者。則另設例以無形廢棄之。其後則並例而不改。如欲修改者。則增例以無形廢棄之。故後例行而前例無形廢棄。失其效力。每一書頒成後。在當時律例中。即已有不少無形失效者。其後又屢經修改。至十年或二十年。竟有全部失其效力不行者。如此大清律集解頒行後。四年。即定官吏犯侵欺錢糧一千兩以上者。照監守自盜律。擬斬。准徒。五年。定收書侵蝕糧米之例。定盜犯越獄例。嚴鬥毆重傷擡赴衙門驗看之禁。更定賭博罪例。定奴僕干犯家主罪例。嚴勒索外地人財物之例。定官吏虧空錢糧一同監追例。定監犯病斃獄官處分例。申嚴事主報盜不實及有司諱盜罪例。定凶人為尊長族人致死免擬抵償例。定强盜拒捕傷官兵例。定因姦殺本夫復計娶姦婦罪例。夫以二年之中。已紛紛將舊例更易。重定新例。則後此更可知矣。其

法律之效力。亦可想而知矣。故觀其律文。則始終如一。歷百年而未變。而一攷實際。則正朝令暮改。未有久行者。因是高宗時定五年一小修。七年一大修。然所謂修者。非修改也。將已行之例。陸續增益。其後作爲新法而已。即以高宗言之。自至位即大清律例頒行。其間不過五年。然其頒行之例。已甚可觀。乾隆元年。定發塚盜葬例。定聚衆械鬥例。分別光棍定擬例。定施用刑具務照定式例。定遣犯逃後爲匪行凶例。定兄殺弟例。定生監包攬錢糧侵收入己例。定佛戲例。二年。定捕役致死拘執犯人例。定賄屬謀殺例。定監徒傷人例。停止族人致死族匪免抵例。定圖財害命例。三年。定攷試聚衆滋事例。改定窩逃例。改定毆斃奴僕例。定製賣賭具例。定捕役誣良不准援赦例。定强姦致死例。定辦賑侵漁例。四年。定運丁潛逃例。定殺死姦婦例。定繼母毆死前妻子例。五年。定年幼被脅爲盜不准收贖例。定殺功服以下卑幼例。定免死人犯計贓科罪例。定强奪良家妻女未成姦例。定兩家互毆各斃一命例。定佐貳官不許夾訊例。區區五年之中。定例已若是之多。則時日久者可知矣。乾隆五年。頒行大清律例。其例計有一千四百十二條。較雍正三年所頒行者。計增加二百十八條之衆。然只相去十有八年。平均統計。每年至少有十條以外。大清律例。爲清代巨大法典。共四十七卷。其律文則仍照大清律集解。計四百三十六條。然失效者已不

知凡幾。因將總註悉數删去。其註內有與律義相發明者。別立一例。著爲成例。而所謂原例增例欽定例項目。亦爲删去。更定五年修輯一次。並親製序文於其上。六年。又諭勅臣工毋得輕議律例。卽果所言實屬有當者。亦止可議裁冊籍。不得擅改成書。故自乾隆五年後所行之新例。每五年增輯一次。且永著爲例。八年。又更定督捕則例一百三條。於大清律例外別爲一集。分上下二卷。並輯三流道里表。使發配得以畫一。不至遠近不等。同時更增輯刑例五十四條。十一年。又增例四十九條。修改舊例二十一條。十六年。續修。增例七十四條。酌改十二條。更正五條。删除十四條。二十年。又改訂三流道里表。二十一年。又續纂刑例五十三條。增輯二條。酌改八條。更正二條。删除四條。其後又更定發配例。凡第一次流後。在所配地脫逃或在所配地再犯罪。依律如應充軍二千里者。倘所配之地。較原籍地反相近。則改依原籍地計程。例如原籍安徽霍邱。因犯罪流三千里。按表可發福建壽寧。使在壽寧脫逃或再犯罪。應充軍二千里。其東南二至。俱屬大海。不足二千里。西配則至江西贛州。北配則爲江蘇揚州。則皆與原籍安徽霍邱相近。是以再犯之故。轉得發配與原籍較近之地。又如原籍河南開封。犯三千里流者。則可發浙江台州。使在台州再犯罪或脫逃。應充軍二千里。其東南二至。亦皆抵海。不足二千里。西配至湖北黃州。北配至江

蘇徐州或山東兗州。則亦皆與原籍河南開封較近。是亦因脫逃或犯罪而轉得近地。因更定改依原籍地計程。定地改發。但所配之地。如較現配地離原籍吏遠者。則仍依舊例。從現配地計程。定地改發。二十六年。又續纂刑例一百十三條。三十二年。又一百四十條。修改一百三條。刪除十一條。嗣又補纂十五條。修改二十九條。刪除十一條。共有例一千四百五十六條。較五年頒行時。又增出四百三十二條。同時續纂督捕則例六條。修改八條。刪除四條。三十七年。又續纂刑例五十條。修改四十九條。刪除七條。四十二年。又纂入刑例九十六條。修改五十六條。刪除六條。其外督捕則例。亦續纂五條。修改五條。四十七年。又纂入刑例六十條。修改十一條。刪除二條。四十九年。又修輯三流道里表。其後歷仁宗、宣宗、文宗、穆宗。相沿未改。每五年一修。至穆宗同治九年纂修後。則絕未復行增修。大違高宗時每五年纂修一次之制。然至同治九年止。計其例文。已有一千九百九十二條。並附則例一百餘條。合計不下二千餘條。較高宗頒行時。增多一倍矣。但其律文。仍爲四百三十六條。一仍其舊。然已十之九無形廢棄。全然失其效力矣。故綜計清代法典。創始於太宗。改革於世祖及世宗。而高宗之大清律例集其成。直至德宗變法時始廢。其間經過之時日最長。計有一百六十五年。其編制則一仍明律。律編爲六。曰吏戶禮兵刑工。吏律二、一爲

職制。一爲公式。戶律七。一爲戶役。二爲田宅。三爲婚姻。四爲倉庫。五爲課程。六爲錢債。七爲市廛。禮律二。一爲祭祀。一爲儀制。兵律五。一爲宮衞。二爲軍政。三爲關津。四爲廐牧。五爲郵驛。刑律十一。一爲賊盜。二爲人命。三爲鬥毆。四爲罵詈。五爲訴訟。六爲受贓。七爲詐僞。八爲犯姦。九爲雜律。十爲捕亡。十一爲斷獄。工律二。一爲營造。二爲河防。總律之大概。別爲一編。是爲名例。首列律目及律母八字之義。八字者。一曰以。以者。與實相同。二曰準。準者。與實犯有間。三曰皆。皆者。不分首從。一等科罪。四曰各。各者。彼此同科。此罪。五曰其。其者。變於先意。六曰及。及者。因類而推。七曰卽。卽者。意盡而復明。八曰若。若者。文雖殊而會上意。次列六贓、納贖、收贖、五刑、獄具、及喪服諸圖。而自唐以下相沿之十惡及八議。亦附於其後。所謂六贓者。監守盜、常人盜、枉法、不枉法、竊盜、及坐贓是也。凡官吏因公犯罪。依律應笞者。十下罰俸一月。二十三十。各遞加一月。四十五十。各遞加三月。應杖者。六十罰俸一年。七十降一級。八十降二級。九十降三級。皆留任。一百。降四級調用。如犯私罪。應笞者。十下罰俸二月。二十罰俸三月。三十四十五十。各遞加三月。應杖者。六十降一級。七十降二級。八十降三級。九十降四級。皆調用。一百革職離任。凡任滿得代改除。致仕等官。與見任同。封贈官與其子孫正官同。婦人與其夫同。但犯姦及義絕者。則與其子之官品同。犯罪者。

各依職官犯罪律擬斷。無官犯罪。有官事發。公罪笞杖以上。依律納贖。卑官犯罪。遷官事發。在任犯罪。去任事發。公罪笞以下依律降罰。杖一百以上。依律科斷。本案斥革。笞杖以上。折贖皆免。私罪則並論如律。罷職不敍。追奪誥勅。削去仕籍。稱除名者。官爵皆除。至加減之制。加者就本罪上加重。減者就本罪上減輕。惟二死三流。各同爲一減。加者數滿乃坐。又加罪止於杖一百。流三千里。不得加至於死。凡同僚犯公罪者。以吏典爲首。吏典者。衙門中辦事之吏役也。首領官減吏典一等。佐貳官再減一等。長官再減一等。若同僚官一人有私。自依故出入人罪論。其餘不知情者。止依失出入人罪論。若下司申上司事有錯誤。上司不覺失錯行準者。各遞減下司官吏罪二等。上司行下。所屬依錯施行者。各遞減上司罪三等。亦各以吏典爲首。凡一人犯罪。其於律應減者。若爲從減、自首減、過失減、公罪遞減之類。並得累減。凡共犯罪。以造意者爲首。隨從者減一等。若一家人犯罪。止坐尊長。尊長年八十以上及篤疾。則歸罪以次尊長。如無以次尊長。方坐卑幼。婦人有犯罪。坐男夫。侵損於人者。以凡人首從論。若共犯罪而首從本罪各別者。各依本律首從論。本條言皆者。罪無首從。不言皆者。依首從法。凡二罪以上俱發。以重者論罪。各等者從一科斷。若一罪先發。已經論決。餘罪後發。其輕若等者。勿論。重者更論之。通計前所論決之罪。以充後發

之罪。其贓應入官物應賠償。盜應刺字。官應罷職。罪止者。各盡本法。犯罪已發未論決又犯罪者。從重論。已徒已流其又犯罪者。依律再科後犯之罪。不在從重科斷之限。其重犯流者。三流並決杖一百。於配所拘役四年。若已徒而又犯徒者。依役所犯杖數決訖。照徒年限應役。亦總不得過四年。又犯杖罪以下。亦各依數決之。其應加杖者。亦如之。本條別有罪名。與名例不同者。按本條科斷。若本條雖有罪名。其心有所規避。罪重者。自從所規避之罪論。其本應罪重而犯時不知者。依凡人論。本應輕者。聽從本法。凡中稱乘輿車駕御物者。尙方服御之服同。稱制者。懿旨令旨同。稱期親祖父母者。高曾祖同。稱孫者。曾玄孫同。適孫承祖。與父母同。緣坐者。各依祖孫本法。其適母、繼母、慈母、養母。與親母同。稱子者。男女同。緣坐者。女不同。稱與同罪者。止坐其罪。正犯至死者。同坐之人。得減一等。稱罪同者。至死不減等。稱監臨者。內外諸司統攝所屬。有文案相涉。及別處駐劄衙門看管兵糧水利之類。雖非牧民官。但有司在手者。卽爲監臨。稱主守者。內外各衙門該管文案吏典專主掌其事。及守掌倉庫獄囚雜物之類。官吏庫子斗級攢攔禁子。並爲主守。其職非統屬。但臨時差遣管領提調者。皆是。稱一日者。以百刻。計工者。從朝至暮。不以百刻爲限。稱年者。以三百六十日。稱成年者。以籍爲定。稱衆者。三人以上。稱謀者。二人以上。謀狀顯著明白者。

一人同二人之法。稱道士女冠者。僧尼同。若於受業師。與伯叔父母同。於弟子者。與姪同。凡此者。皆名例中之要語。而解釋律文中字句並爲科斷罪情輕重之標準也。在今日刑法中。悉屬總則文例範圍。非此不足以定讞。然其內容皆一本唐律。故與唐律中所言者無甚差異。蓋已行之千餘年矣。故此大清律例一書。不僅爲清代法制之總彙。而亦唐以後宋元明清五代法制之總彙也。

第五章　變動時期之法制

第一節　變動之初期

吾國法制。自唐虞以迄有清。雖經過二十四朝。歷時三千餘年。然皆一貫相承。以倫理爲主義。以義務爲本位。且以五服參情法。雖其中不少變化。或由禮治。或由法治。或由人禮。或崇嚴峻。或尚寬厚。要皆以倫常爲歸宿點。故其所定之法制。亦大同小異。不過在帝王專制時代。君主操有立法司法行政之大權。自訂法制。自執法律。故得隨時以意思變更之。臣下只有奉行之義務。絕無參議之權能。即或有所條陳。亦不過備帝王之顧問。其用舍仍決自君上。若民人則更無論矣。絕不容旁參一議。黃宗義謂三代以

下之法。皆天子一人之私法。誠哉其然。然三代以上。亦未必不盡爲天子一人之私法。蓋皆爲天子一人而設。無一出自人民之公意也。故處處須辨上下。嚴尊卑。洎乎有清末造。海禁大開。歐西各國法制。寖寖乎輸入中國人之心目中。於是有變法之舉。將數千年來固守不替之倫常主義。漸漸撲滅。以改趨於自由平等主義。且昔日之法制。狃於明刑弼教之說。以爲法之作用。在輔禮之所不及。故父子之分。君臣之辨。男女之防。皆兢兢注意。而至是則一反其說。以爲法制與道德。有時誠不免相輔而行。然究竟法制自法制。道德自道德。不能混而爲一。而國家與家族。亦應嚴爲區別。不能併爲一談。且上下鑒於歐西及日本之以立憲而興。大倡立憲政治。在在以法治爲極則。不特人治主義。不容其一日存在。即禮治主義。亦不可一日保留。蓋禮教自體教。應納入教育範圍。不可於法制中有所顧及。且認君權非絕對無上。當以法律限制之。朕即國家之說。決不可再出見於立憲之世。至是在上者。雖心有不慊。然大勢所趨。亦無可挽救。一方派五大臣出洋考察各國憲政。籌備立憲。一方設立修訂法律館。德宗光緒二十八年。派沈家本伍廷芳任修訂法律館總纂。時伍廷芳正出使美國。因由沈家本一人主持。而徐謙董康等襄理其事。然以法律編訂不易。因先將大清律例加以修正。以爲過渡時之用。凡不合於法理及不合於人道者。一

體刪除。計共刪去四十七條。存律文三百八十九條。蓋大清律例律文本共四百三十六條也。附例一千三百二十七條。又禁烟條例十二條。秋審條款一百六十五條。其根本主義。仍與大清律例無異。依然偏重倫常偏重禮教而不涉於刑法之民法商法等。亦仍冶於一爐。蓋此本爲一時之用。不過在各種法制未經編訂頒行之前。用以爲新舊兩時期暫時過渡者。於廢帝宣統元年。正式用上諭頒布施行。名曰大清現行刑律。此大清現行刑律。其關於刑事部分者。至民國成立。即行廢止。而民事部分。則延至民國二十年五月五日中華民國民法全部頒行後。而始完全失效。延至二十餘年之久。是亦爲修訂大清現行刑律者所意想不到者也。大清現行刑律之編制。與大清律例無稍異。共三十篇。三十六卷。一曰名例。分上下二卷。計三十九條。二曰職制。計九條。三曰公式。計十一條。四曰戶役。計十二條。五曰田宅。計十條。六曰婚姻。計十五條。七曰倉庫。亦分上下二卷。計二十三條。八曰課程。計四條。九曰錢債。計三條。十曰市廛。計五條。十一曰祭祀。計六條。十二曰禮制。計十九條。十三曰宮衛。計十五條。十四曰軍政。計十八條。十五曰關津。計二條。十六曰廐牧。計十條。十七曰郵驛。計十五條。十八曰賊盜。分上中下三卷。計二十七條。十九曰人命。計二十條。二十曰鬥毆。分上下二卷。計二十一條。二十一曰罵詈。計八條。二十二曰訴訟。計十

條。二十三曰受贓計十條。二十四曰詐僞計十一條。二十五曰犯姦計九條。二十六曰雜犯計十條。二十七曰捕亡計七條。二十八曰斷獄亦分上下二卷計二十八條。二十九曰營造計八條。三十曰河防計四條。以今日法理衡之名例則爲全部法典之總則。而職制、公式、倉庫、課程、祭祀、禮制、宮衛、軍政、關津、廐牧、郵驛、以及營造、河防。則都屬於行政法規。而戶役、田宅、婚姻、錢債、市廛。則屬於民法及商事法規。其外若捕亡及斷獄。則入於訴訟法、監獄法、及法官懲戒法。其眞正屬於刑法者。則爲賊盜、人命、鬥毆、罵詈、詐僞、犯姦、以及雜犯。然亦有不少應屬於違警罰法及民法者。至國家官署之組織法。則另有大淸會典一書。此則純爲官署組織。蓋自唐代編訂六典後。歷宋元明淸四代相沿未廢。關於官署之組織。另以會典一書定之。不入於律令範圍也。大淸現行律之刑名。與大淸律例絕異。其最可注意者。其一、廢止身體刑。凡昔日之所謂笞杖。至是悉行革除。而以罰金代之。計分十等罰。一等罰。銀五錢。二等罰。銀一兩。三等罰。銀一兩五錢。四等罰。銀二兩。五等罰。銀二兩五錢。以代笞刑。舊律凡笞十至五十者。則改爲自一等罰至五等罰。每罰遞加銀五錢。由五錢以至二兩五錢。六等罰。銀五兩。七等罰。銀七兩五錢。八等罰。銀十兩。九等罰。銀十二兩五錢。十等罰。銀十五兩。以代杖刑。舊律杖刑。凡杖六十至一百者。則改爲自六等罰以至十

等罰。每罰遞加銀二兩五錢。由五兩以至十五兩。凡遇法律上規定得收贖者。可折半收贖。如無力出銀者。則以銀五錢折作工役二日。但十惡姦盜等項。則不准罰金。從重實行工作。其二、更改自由刑。舊律自由刑。分徒流及充軍三者。徒者。發本省五百里驛遞工作。由一年至三年。分五等。每等遞加半年。流及充軍。則發至遠地。大清現行刑律。徒刑則改爲發本地工作。限滿釋放。不必發配遠方。流刑則除十惡姦盜等重罪依舊發配外。餘亦免其發配。亦在本地工作。二千里者。工作六年。二千五百里者。八年。三千里者。十年。按年工作。充軍之制。改爲遣刑。舊分五等者。至是亦改爲二等。餘則併入流刑之中。如原爲附近充軍者。改爲流二千里。近邊充軍者。改爲流二千五百里。邊遠充軍者。改爲流三千里。只餘極邊及烟瘴充軍二者。則爲遣刑。凡極邊者。四千里安置當差。烟瘴者。烟瘴地方安置當差。是爲內遣。其有滿流加等者。則發往新疆。名曰新疆安置當差。是爲外遣。各十二年工作。內遣則於限滿後釋回。外遣則不准釋回。即在配所編入戶口。所謂安置者。即充軍之代名詞也。不過充軍者入其軍籍。而此則僅在配所工作。所謂當差者。即工作也。從前則發配爲奴。永無自由。而此則在限中身體雖不自由。限滿後即可恢復自由。此其大異也。其三、更定死刑。舊律死刑。分爲斬絞。而每項皆有立決與監候之分。罪重者。更有凌遲、戮屍等

酷刑。且斬後例須將首級梟示。大清現行刑律。則將凌遲、戮屍、及梟首等一概廢除。死刑之執行。只有斬立決、絞立決、斬監候、絞監候、四種。凡舊律凌遲及梟首者。一律改爲斬立決。斬立決者。改爲絞立決。斬監候及絞立決者。則改爲絞監候。犯人已死者。不論其罪。其四、廢除酷刑。凡舊日取供。如人命盜案。例得刑訊。男子夾棍。女子拶指。大清現行刑律中。則一體禁止。除死罪仍須取具輸服供詞外。餘如流徒以下。悉擬證定讞。不須口供。而又本罪人不孥主義。廢止緣坐之法。同時刺字之法。亦爲廢止。故自秦漢以至明清。凡二千餘年所有之傷殘人道諸刑罰。至是幾一掃而空。其五、改定贖刑。大清律例上之贖刑。原分三等。曰收贖。曰納贖。曰折贖。至此則將納贖及折贖二者廢除。只存收贖一項。凡老幼廢疾、及過失殺傷情可矜憫者。則准予收贖。收贖之制。在十等罰內。則照罰銀減半收贖。如八等罰。應罰銀十兩者。則以五兩收贖。如爲徒刑。則一年者收贖銀十兩。一年半者十二兩五錢。二年者十五兩。二年半者十七兩五錢。三年者二十兩。如爲流刑。則二千里者二十五兩。二千五百里者三十兩。三千里者三十五兩。如爲遣刑。則不分內遣或外遣。亦不問四千里安置或烟瘴安置。均收贖銀三十五兩。如爲死刑。則不分斬絞。均爲銀四十兩。又凡律文如規定不准收贖者。則無論徒流遣刑。概不准贖。婦女犯罪。亦不准贖。須依律處斷。蓋

收贖亦自有其條款。非合於律文規定。不得收贖也。至納贖。本沿明代舊制。分有力稍有力二者。爲律文所不載。係根據成例者。至是當然廢除。但仍存捐贖之例。在律文中雖無其文。而附於例文之內。所謂捐贖者。即折贖也。凡有官位者。或命婦正妻例難的決者。皆得捐贖。此大清現行刑律之大概。而與大清律例相異者也。然此本爲一種過渡辦法。一面仍命修訂法律館從事編訂各種法制。計陸續頒行者。在光緒時。則有公司條例。有商人通例。有著作權律。有集會結社律。有違警律。至宣統時。則有法院編制法。有報律。其編訂而未及公布施行者。則有刑律、民律、及民刑兩訴訟律草案。同時更施行司法獨立。光緒三十一年。改刑部爲司法部。專主司法行政事宜。並設大理院以下各級審判廳。以專司審判。淸代審判制度。與明相同。亦即與唐宋相同。由州縣官司其事。州縣官對於民刑事務。皆有審判檢察並緝捕之權。且亦爲其義務。由州縣定讞後。如爲杖以下之輕犯。則由州縣官專決之。如爲徒流刑以上之重犯。則定讞而後。須申詳按察司及府。淸代地方官制。外省以總督及巡撫爲最高級長官。次之則爲布政司及按察司。以下爲道爲府。再下則爲州爲縣。按察司則專司一省刑名之事。故凡徒流以上之刑。州縣官定讞後。皆須申詳。再由按察司依卷審錄一過。如無誤者。則再申詳督撫。咨文刑部。如爲死罪者。更須奏報。倘有

不實者。則駁回再審。按察司亦然。如審錄時犯人翻供或案有可疑者。則發回重審。如三次不合。則另發別衙門審問。原問官且有處分。至是則須行審判廳試辦章程。在中央設立大理院。在各省則設立審判廳。以表示司法獨立。在內地各州縣未設有審判廳者。則仍由州縣官審理。蓋事當初辦。除京師及各省省會或大商埠外。皆未設有審判廳也。但是時既標舉司法獨立。州縣官審理後。當然不便再如昔日之送由刑部覆核。因變通辦法。設立覆判制度。凡犯罪事實。其主刑可處死刑者。州縣官定讞後。如其省未設有高等審判廳者。則仍申府申道申司。由按察司審錄無誤後。將全卷送交大理院覆判。大理院則用書面審理。統核全案卷宗後。如認爲有誤者。則或發回重審。或詢問原問官。務使情眞罪當。如認爲無誤者。則奏請下司法部施行。並由院將全案卷宗逕啓交司法部。由部行文原省。照判執行。至立憲制度及地方自治制度。則確立於光緒三十三年。在中央開設資政院。仿各國之國會制。在各省開設諮議局。並縣議會城鎭鄉議會。資政院章程。計共十章。六十五條。第一章總綱。第二章議員。第三章職掌。第四章資政院與行政衙門之關係。第五章資政院與各省諮議局之關係。第六章資政院與人民之關係。第七章會議。第八章紀律。第九章祕書廳官制。第十章經費。凡國家歲出入預算。歲出入決算。稅法及公債。法律

案。一體須經資政院通過。方得施行。蓋其職權。幾等於各國之國會也。然資政院之成立。則已在宣統二年。是時並將舊日之軍機處及內閣六部。逐漸改革。初則設立督辦大臣。專主國家一切政務。繼則設立正式內閣。以總理大臣協理大臣及各部尚書組織之。以自比於各國之內閣。及宣統三年。武昌起義。清政府知人民渴望立憲。因下令將九年開設國會之期。縮短至民國五年。並宣布立憲信條十九條。詔示天下。凡貴族宗室。盡行革去政權。而以袁世凱任內閣總理大臣。實行立憲。凡皇帝詔勅。非經內閣副署。不生效力。總理大臣。有全權組織內閣。而總理大臣之任命。則先由資政院同意。冀以挽回人心。然大勢所趨。已不可救。是時南京政府。亦已成立。清政府卒以覆亡。此清代變法之趨勢也。

第二節　新舊之爭

吾國素以倫常禮教立國。故外蒙禮治之名。內行人治之實。五千年來。法治終未得實現。清末舉行變法。在新黨固立主改革。而舊黨則誓死反對。其關於政治上者。則如戊戌政變。慈禧垂簾。以及庚子拳匪。八國聯軍。皆爲新舊兩派爭執之表現。蓋此次變法。實打破吾國五千年來素所固有之舊制。而創一五千年來素所未有之政局。其反動之起。自在意料之中。不足爲怪。卽在各國。亦何莫不如是。故卽以法

制一端言。新舊兩派。亦爭執至烈。是時修訂法律館則主新。而政府及各省督撫則主舊。凡一種法制之成立。兩派必大起爭執。盈篇累牘。各申其理。甚有因一條之細。而雙方辯駁之文。有至數十萬言者。是亦洋洋大觀者也。當修訂法律館之設立也。由沈家本主之。沈家本兼通中外法律。實爲吾國近代第一法學家。而襄理其事者。如徐謙。如董康。如江庸。亦於法學極有精造。而又延聘外國法學家爲顧問。故所定刑律民律等各種草案。皆極可觀。在今日視之。或不免有幾多未饜人心之處。不脫封建時代之主義。然對於吾國五千年來所抱守之倫常主義。則已摧陷廓清。故一時大起反動。刑律草案最先編成。且已交資政院通過。故最受舊派之攻擊。其外如民律等。則以修訂較遲。故未經發布於外。故尚無人反對。當刑律草案之告成也。時在光緒三十四年。至宣統元年。由憲政編查館咨交各部及各省督撫簽註。共議得失。此刑律草案。即爲民國成立後施行之暫行新刑律。當時軍機大臣兼學部尚書張之洞。以刑律草案中無無夫姦治罪一條。大起反對。以爲蔑棄禮教。各省督撫相繼和之。紛紛駁擊。奏交司法部會同修訂法律大臣修訂。法部對此。始終未爲過問。而是時朝中舊派。亦紛起責難。蓋仍狃於明刑弼教之說。以爲法律所以輔禮教。不可脫離禮教而獨立。其中言之最激烈者。要推勞乃宣。時勞乃宣任京師大學堂監

督。以刑律草案中對於干名、犯義、罪丁留養、親屬相姦、親屬相盜、親屬相毆、親屬故殺卑幼、妻毆夫夫毆妻、無夫姦、及子孫違犯教令各款。在舊律中認爲不可或缺而有特別規定者。至是竟一筆抹煞。大失古來明刑弼教之旨。因著爲專論。遍示京內外。一時附和之者。如響而起。新律幾有根本推翻之勢。沈家本大憤。獨當其衝。亦著文駁斥。而修訂法律館中。如董康江庸等。起而助之。亦爲文以駁斥勞乃宣等主張。其最爲有力者。則以楊度之論國家主義與家族主義之區別一文。及吳廷燮之用舊說議律辯一文。將勞乃宣等主張。根據中外學說以闢之。然新舊勢力。究不能敵。且是時政府之權尙盛。而政府中又皆舊派。新派雖有崇論宏議。卒不足當其一吷。不得已將草案重加修改。據以咨送法部。然法部猶不慊於心。根據勞乃宣等主張。附加暫行章程五條。此五條大意。一爲加重皇室罪。一爲加重內亂罪。一爲加重外患罪。一爲無夫姦處刑。一爲卑幼對尊親屬不得施行正當防衛。沈家本本不附和。後以大勢所趨。卒徇其意。與司法部尙書廷杰會銜入奏。然因此暫行章程五條。而新律之眞精神。實以根本失墜。幾與大清現行刑律相去無幾矣。其外如御史劉珍年。更上書大反對停止刑訊。謂必致積壓拖累。嗣經修訂法律館反覆陳明。以爲不必過慮。始末中梗。此亦可見當時對於法制上新舊派爭執之律矣。刑法草案告成

後。即由政府咨交資政院通過。資政院中之舊派者。亦有不少反對之論調。然已遠不若張之洞及勞乃宣等之烈。且人數亦寡。故卒安然通過。未有劇烈之爭論。至宣統二年十二月二十五日公布。今人對於暫行新刑律。多不滿意。然其在經過中。則曾引起幾多之反動。苟無沈家本等以全力主持。與舊派往復爭辯。亦已根本推翻矣。然沈家本卒因此不安於位。刑律告成後。即行去位。政府改以劉若曾代之。然清祚亦遂亡矣。然於此有可感想者二事。其一、當沈家本之編訂法典也。以畫分舊日禮教與法制爲二之故。大招舊派之反對。著書撰文。洋洋萬言。其所言者。雖不合於法理。未免囿於明刑弼教之說。不足當今日法學家之一顧。然其注重法律之心理。則固甚懇切。與沈家本等無稍異也。雖新舊之意見不同。而其愛護法律。尊重法律。則雙方固如出一轍。不能不令人肅然起敬。洎乎民國成立。在元二年時代。各界對於憲法問題。尚有所爭論。而其對於憲法外之一切法制。如各種法律草案。如司法部頒行之各種條例。與夫大理院之解釋例及判決例。則絕無一人注意及之者。至二年以後。則更無一人談及法律者。即根本法之憲法。亦幾幾無人齒及。蓋在民國元二年。國會尚存。各黨各本其主義。以示競爭。故對於憲法各標其主義以相爭辯。一時報章雜誌。無不有討論憲法之文章。而對於其餘法典。則不暇顧及矣。一至民

國二年。國會解散。各黨無形取消。於是對於法律。或全不關心。或不願關心。以故對於法制問題。無一人討論及之者。唯民國三年十二月政府頒布暫行刑律補充條例後。吳貫因等曾爲文以痛闢之。民國九年十月政府頒布科刑標準條例後。曾有張樹滋吳昆吾等發爲文以駁斥之。舍此而外。則除陳承澤等一二人在法政雜誌上對於法制曾稍有討論外。餘皆絕無。是可見民之國人士。其愛護法律及尊重法律之心理。反遠不如前淸時代之張之洞及勞乃宣等。豈民國以來。政府所頒行之法制。果悉盡善盡美而無遺恨乎。其不愛護法律及不尊重法律之心。思可於是而表見也。立憲國家首重法治。法制之得失。其關係於人民者至巨。乃人民淡然視之。一若無足輕重者然。是果民國之福乎。其二、新舊之爭。在變動之初期。當然有之。不足爲異。對於新派。固應欽仰。即對於舊派。亦不得不致其相當之敬意。然變動既定而後。似不應再有若何問題矣。然而袁世凱專政後。舊派之勢力。又發皇滋長。處處以復古爲心。如民國三年頒行之暫行新刑律補充條例。官吏犯贓治罪條例。懲治盜匪法。易笞條例。改遣條例。或則以禮教之說號召天下。或則以治亂用重脅服人心。如暫行新刑律補充條例。則全然採自前清司法部擬訂之刑律暫行章程五條。而易笞條例及改遣條例。則完全恢復大淸律例。並大淸現行刑律而不如。而當時

亦甚少如沈家本等其人出全力以反抗。是又不得不歎國人之進步難而退化易。且可見國人之守舊者尚多。而愈以見創造民國之不易也。且此亦不僅民國三年時如此。即在今日。當刑法及民法第四編親屬篇第五編繼承篇頒行時。已在國民政府時代。舊派勢力。一掃無餘。然各界對於刑法上之妻以夫之父母爲旁系尊親屬。以及親屬篇之分血親姻親。繼承篇之不設宗祧繼承規定。反對者尚不爲少。不過只有腹誹。甚少如張之洞勞乃宣等公然著論撰文以攻擊者。是亦可見新舊之必不能統一。亦無怪在變動初期之前清德宗時。有新舊兩派之大爭辯也。

第三節　民國以來之根本法

辛亥革命。清室覆亡。於是開吾國五千年未有之政局。創立中華民國。中華民國之成立。在民國元年元旦。孫文以十八省代表之擁戴。在南京即臨時大總統位。但既稱民國。不能不舉行立憲政治。而立憲政治。又不能不有憲法。憲法者國家之根本大法。所以規定國體政體人民之權利義務以及立法司法行政三權之運用者也。先是辛亥年十月十三日。各省代表在武昌已議定臨時政府組織大綱。計共四章二十一條。第一章爲臨時大總統。第二章爲參議院。第三章爲行政各部。第四章爲附則。此即中華

民國之根本大法也。洎乎元年元旦。孫文即臨時大總統位於南京。正式組織政府。二日即將臨時政府組織大綱修改。其修改之要點有二。一爲增設臨時副總統。一爲參議院對於政府制定官制官規及任用國務員外交專使有同意權。並於二十八日正式成立參議院。至三月十一日。又頒布臨時約法。臨時政府組織大綱。即行廢止。此臨時約法。爲憲法未成立前之根本法。計共七章五十六條。第一章總綱。第二章人民。第三章參議院，第四章臨時大總統副總統。第五章國務員。第六章法院。第七章附則。同年八月。參議院又制定頒行中華民國國會組織法。及參議員議員選舉法。衆議院議員選舉法。民國二年四月八日。國會正式成立。首先議定者。則爲議院法。嗣以憲法告成。尚須時日。非短時間所能。而臨時政府。即將告一結束。勢難再延。因將憲法中一部分之總統選舉法。先提出制定。遂開憲法會議。於十月四日將全案制定公布。十月六日依大總統選舉法。正式組織選舉會選舉大總統。袁世凱當選。十月十日就職。於是中華民國之正式政府。於以成立。袁世凱就任後。即要求修改臨時約法。國會反對。遂下令將國會解散。同時又召集政治會議。政治會議者。其議員由各省行政長官所派定。本爲行政會議。討論行政事宜。其議員皆代表各省行政長官者。適丁國會解散。袁世凱即利用之。託名於德意志之聯邦議會。改

名爲政治會議。無形中代國會職權。其議決之要案甚多。其後又議定組織約法會議。因於民國三年一月二十六日。頒布約法會議組織條例。二十九日。更頒布約法會議議員選舉程序細則。至三月十八日。約法會議舉行開會式。當由大總統提出增修約法大綱七項。一爲外交大權應歸總統。凡宣戰媾和及訂結條約。毋庸經國會之同意。二爲官制官規與官吏任用權。亦歸由大總統。凡大總統制定官制官規。無須得國會之同意。任命國務員及外交大使公使。亦無須得國會同議。三爲總統制。不設國務總理。四爲憲法之改正權。凡憲法須由國會外之憲法會議制定。而由大總統公布之。五爲人民之權利。凡人民公權之褫奪及回復。大總統得自由行之。六爲緊急命令之規定。七爲緊急處分之規定。凡緊急命令及緊急處分。大總統均有權行之。後於五月一日。由約法會議制定新約法。由政府公布施行。此約法之內容。全與上述七項相同。蓋完全爲袁世凱一人之約法。而非中華民國之約法。故國人亦無一注意之。且以大總統爲總攬統治權。對國民全體而負責任。復有立法院以行使立法職權。有參政院以應大總統之咨詢。有國民會議以可決中華民國憲法案。因於五月二十四日。制定參政院組織法。並公布之。十月七日。議決立法院組織法及立法院議員選舉法。並公布之。至四年三月十二日。議決國民會議組織法。

並公布之。而參政院組織法頒行後。即於三年六月二十日正式成立。且依新約法規定。在立法院未經成立前。以參政院代行立法院職權。故於六月二十九日以命令宣布參政院依照約法代行立法院職權。其後參議院根據立法院職權建議修正大總統選舉法。因交約法會議討論。結果於十二月二十九日。頒布修正大總統選舉法。其一延長大總統任期。其二次任大總統之人選由前任大總統推定。其後袁世凱。實行帝制。四年九月二十日。代行立法院職權之參政院。遂請以國民會議為解決國體機關。尋又議決即用國民會議之初選人為基礎。選出國民代表大會。解決國體問題。十月七日。通過國民代表大會組織法。並公布之。十二月十一日。參政院以各省區國民代表大會。公共委託參政院為國民代表大會總代表。即於是日。舉行全國國民代表大會。一致主張變更國體。然未幾雲南起義。帝制取消。而袁世凱亦即於五年六月逝世。黎元洪繼任為大總統。於是新舊約法。發生問題。結果恢復臨時約法。將新約法廢止。國會亦即恢復。凡因新約法而連帶產生之各種附屬法令。如立法院組織法等。全體失效。如是者約近一年。六年以對德宣戰問題。國會與政府。大生衝突。因此而國務總理段祺瑞免職。因此而發生督軍團。因此而張勳入京。國會解散。清室復辟。幸經段祺瑞馬廠起義。始恢復中華民國。段祺瑞本不

慊於國會。因不復召集。而孫文則在廣東組織軍政府。召集國會。以維持法統相號召。北方對此。知無國會不足以維繫民心。因令設約法上機關。由各省各特區行政長官。派員來京組織參議院。以修改元年頒布之國會組織法及參衆兩院議員選舉法。後經參議院將各項法制。一一修正。於七年二月十七日公布。其修改之要點。則爲二者。其一爲減少議員名額。其一爲限制選舉人資格。此新國會於八月十二日在京舉行開會式。參議院亦卽解散。此所謂新國會也。九年五月。皖直兩派發生戰爭。皖派失敗。此新國會本由皖派所操縱。直派因主張將元年所頒行之國會組織法及參衆兩院議員選舉法。重組國會。而將第二屆之國會解散。時各省遵令選舉者。亦已不少。是卽所謂新新國會也。然未及齊集開會。而有奉直之役。恢復法統。黎元洪復職。於是民國六年解散之國會。重復在北京舉行第三屆開會。時在民國十一年八月也。至南方之軍政府。本以擁護法統爲言。故當時曾請黎元洪南下就職。後以種種關係。未克實現。因由國會在廣東另選總裁七人。主持大事。南方實力。時握於陸榮廷等軍閥之手。故孫文雖抱有種種主張。均不克實現。於是雙方發生爭執。結果陸榮廷與北方政府結合。開南北代表和平會議。而孫文卽宣告軍政府取銷。又以黨內人員四分五裂。國會議員亦多變節。而爲賣身投靠之舉。遂重行改

組國民黨。去其劣。存其良。並主以黨治國。畫分軍政訓政及憲政三時期。努力從事於革命。因有建國大綱之編纂。計爲二十五條。此實國民黨之政治法律。在國民黨以黨治國之下。實有根本法之性質。應奉行弗替。其後北方國會。受曹錕巨賄。即於十二年十月十日選曹錕爲第二任正式大總統。同時並公布中華民國憲法。計十三章一百四十一條。此爲中華民國正式憲法之成立。然國人以反對賄選。故對此憲法。根本不予承認。至十三年。齊盧戰起。奉直繼之。曹錕退位。國會無形消滅。而其所頒行之所謂中華民國憲法。亦無形取消。蓋根本上國人固始終未嘗承認也。段祺瑞由各省軍人推戴入京執政。初取總統制。繼採內閣制。自稱革命政府。未幾即倒。張作霖繼之組織大元帥府。自稱大元帥。然不半年國民軍入京。張作霖即退出山海關。全國入於國民政府統治之下。國民政府。由國民黨所組織。其根本大法。則爲孫文之建國大綱。而國民黨黨綱。以及國民黨歷次全黨代表大會宣言。亦爲國民政府所遵守。其中央政府之組織法。則自廣東組織國民政府以來。以迄於今。已有不少之改易。而其大體。則由國民黨全國代表大會。產生國民黨中央黨部委員會。再由中央委員會產生國民政府。此國民政府。主持對外對內一切軍政外交等事宜。握由立法行政司法等大權。至十七年十月。以各省軍事業經平定。軍政時期。

業已結束。應入訓政時期。而憲政時期中所應有之五權制度。雖依建國大綱規定。須俟憲政時期成立。然為促進憲政起見。應提早施行。因即於十月八日。公布國民政府組織法。計七章四十八條。設立行政院、立法院、司法院、攷試院、及監察院。至二十日。更頒布行政院組織法。立法院組織法。司法院組織法。攷試院組織法。監察院組織法。至十一月十二日。又頒布各部各委員會組織法。於十八年元旦。將國民政府及行政等五院次第成立。後至二十年。因促進憲政起見。制定國民會議組織法。召集國民會議。於五月五日。開會於南京。是為國民政府握政後之第一次國民會議。然此猶在訓政時期中。尙未入於憲政時期。故此國民會議。其權力受有限制。與後日憲政時期之國民會議。迥不相同。其後國民會議。因人民盼望根本法至切。因於五月十二日。有訓政時期約法之通過。至六月一日由政府公布。即日施行。計共八章八十九條。第一章總綱。第二章人民之權利義務。第三章訓政綱領。第四章國民生計。第五章國民教育。第六章中央與地方之權限。第七章政府之組織。第八章附則。此實為今日中華民國之根本法。更因之改定國民政府組織法。於六月十五日頒行。計五十二條。故在中華民國憲法未頒行前。此訓政時期臨時約法。即有中華民國憲法之效力。苟其他法律與此約法有牴觸者。其他法律。皆失其效力。蓋為

中華民國之根本大法也。

第四節　民國以來之審判制度

民國成立迄今二十載。而審判制度。已屢有變更。當民國初元。以司法獨立。爲民主立憲國最重要之事。因努力於各省縣設立審判廳。並將前淸宣統元年七月十日奏准之各省城鎭商埠各級審判檢察廳編制大綱暫行援用。時分四級三審制。四級者。初級廳、地方廳、高等廳、及大理院是也。大理院設於中央。爲全國之最高司法機關。且有統一解釋法令之權。取五人合議制。並配置總檢察廳。爲全國最高之檢察機關。依法令凡與中央相去遼遠之區。得設置大理分院。然自始至終未經設立。其下則爲高等審判廳。每省設置一所。配有高等檢察廳。吾國地方制度。自秦漢以來。根本上實未嘗有大改革。秦漢則爲州縣制。僅有二級。唐則於州以上更有道。變成三級。州之大者。又名曰府。然府與州名異而實相同。宋亦三級。仍之未改。然改道之名爲路。至元則於路以上更置行省。變成四級制。而明及淸因之。且並有道之一級。介乎省與府之間。但道無實權。或主兵備。或主督糧。所以分布政司或按察司之職。以言地方系統。則仍爲三級。民國亦因之。唯只存省與縣二級。區域亦一仍前淸之舊。每省設一高等廳。管理一省中

第二審或第三審取三人合議制。如省區遼闊者。則可分設高等分廳。再下則爲地方廳。每縣設置一所。審判及檢察各一。專司一縣中第一審或第二審。亦取三人合議制。最下則爲初級廳。亦每縣一所。審判檢察各一。專司一縣內之輕微案件。取一人單獨制。凡屬於初級廳管轄者。以地方廳爲第二審。高等廳爲第三審。而屬於地方廳管轄者。則以高等廳爲第二審。大理院爲第三審。其後以經費不足。將初級廳裁撤。而於地方廳中設置一簡易庭。以司初級廳之事。又民國初元。雖紛紛於各縣設有地方廳。然未設立者尙多。仍由縣知事兼理。蓋除江浙兩省外。大都未設有地方廳也。凡由縣知事兼理者。則以縣知事兼審判及檢察兩職務。且兼地方及初級廳兩機關。但只有第一審。而無第二審。屬於初級廳管轄案件者。則以省會之地方廳爲上訴機關。屬於地方廳管轄案件者。則以高等廳爲上訴機關。又凡二等有期徒刑以上之刑事案。如當事人不聲明不服者。則於上訴期滿後。應送交高等廳覆判。蓋將前清時覆判章程加以修改也。此外更設有審檢所。爲成立正式審檢廳之過渡辦法。蓋以正式審檢廳。尙難一時成立。而縣知事又未便兼任。因先設審檢所。以專理司法事務。包括地方及初級兩廳職權。此外更有並高等廳而未設立者。如新疆。如察哈爾。如熱河。如綏遠。皆無正式司法機關。在新疆則設立司法籌備處。總

理全省司法及司法行政。等於前清之按察司。而在察哈爾等處。則另設審判處。只理審判。以審判員一人主持之。附於都統署。且無檢察官。其處長卽以行政官任之。此則民國元二年時代之審判制度也。民國三年。袁世凱下令將各縣審檢所廢止。卽已成立正式審檢廳之各縣。除省會及商埠外。亦一律撤銷。凡一縣司法事務。概由縣知事兼理。因頒布縣知事兼理司法事務暫行條例及覆判章程。除京師及各省省會並商埠外。凡司法事務。一律歸縣知事兼理。於縣公署中設有司法處。縣知事得呈請高等審判廳委派承審員。代行審判。包有審判及檢察兩種職務。其後政府又頒布縣司法公署組織章程。計二十一條。係略仿元二年之審檢所制度。以縣知事爲檢察官。另由高等廳委任審判官。獨立行使審判職務。縣知事不得干涉。然設立者甚少。大概仍由縣知事兼理。其對於正式法院。則又頒布法院編制法。此法院編制法。計一百六十四條。於前清宣統元年奏准。至民國四年始行頒布施行。六年。又頒行暫行各縣地方分庭組織法。凡此者。皆普通審判制度。其外又有特別審判制度。如民國六年頒行之捕獲審檢廳條例。組織捕獲審檢廳。此專爲參加歐洲戰事而設者。蓋是時吾國適對德宣戰。參加戰事。故有此條例頒布。民國九年。取消俄國領事裁判權。對於東省之俄人。另設法院審理。因又頒布東省特別區域法院

編制條例。組織特別法院。其外凡各地方交涉使公署。亦設有審判處。卽以交涉員爲處長。凡各地華洋訴訟。均以縣知事公署爲第一審。交涉使公署爲第二審。此則特別審判制度也。其後國民政府成立。統一國內。根據五權主義。司法權當然獨立。不能再由行政官兼任。因先畫一審判制度。將各省設立之司法籌備處。概行裁撤。改組高等法院。並將各級審判廳及檢察廳併而爲一。合稱法院。第一級爲地方法院。卽舊日之地方審檢廳。附設簡易庭。專理輕微案件。蓋卽初級廳之職權也。於廳中配置檢察官。第二級爲高等法院。卽舊日之高等審檢廳。第三級爲最高法院。卽舊日之大理院及總檢察廳。因頒布最高法院組織法。並高等法院地方法院各級組織法以及附屬法令。如院長辦事權限。檢察官辦事權限等。皆陸續頒行暫行條例。其由縣知事兼理司法之區。一時尚未能成立正式法院者。則暫依舊制。但更定覆判章程。凡縣知事判決之刑事案件。苟在地方法院管轄範圍者。一律須呈送高等法院覆判。又努力設立縣法院。於各縣未成立正式法院者。先行設立縣法院。縣法院之組織。與昔之縣司法公署相等。此外若東省特區法院。則一仍其舊。卽川邊、察哈爾、綏遠、熱河等處。亦多仍舊章。未全改革。上海英法兩租界。本自有其公廨。不依法制組織。民國十五年。先將英租界法權收回。改設臨時法院。至十九年重訂協

定。組織正式法院。二十年八月一日法租界法權。亦同樣收回。將會審公廨廢止。改設正式法院。此亦可紀念者也。又十八年中央成立司法院後。凡統一法令解釋之權。本屬於最高法院者。至是則改爲司法院院長。至行政訴訟在北方政府未經取銷以前。則屬於平政院。國民政府成立。廢止平政院。由司法院行政法院掌理之。但行政法院。至今尚未成立。行政訴訟。暫行停止。只可依訴願法提起訴願。司法院中更設官吏懲戒委員會。依法掌理文官法官懲戒事宜。至軍人犯罪。則另由軍事審判。政府曾頒行陸軍審判條例海軍審判條例等。不受普通法院管轄。

第五節　民國以來之司法法令

民國成立。凡一切法令。大率仍用前清之舊。故曾下令。凡前清法律。除與中華民國國體牴觸部分外。暫准援用。概行有效。夫此亦不僅民國爲然。每當易姓之際。多如是也。其後則司法部與法制局。陸續將各種法令制定。分別公布。以除舊換新。但此二十年間。其中亦幾經更易。有朝令而暮廢者。有一修再修者。有行而廢廢而又行者。試一一敍述。不特枯澀無味。且亦無關實用。茲將各種重要之司法法令。依其性質之種類。按其頒行之年月。錄之如左。現行者則附記其條文之數。其已失效者。則註明失效之年

月於其下。以免現日施行者。與已失效者相混。若無關重要。僅屬於技術法規者。則付缺如焉。而其法令之不涉於司法者。則更付缺如焉。

一　憲法部分

臨時政府組織大綱

辛亥年十月十三日頒行至臨時約法頒行失效

臨時約法

民國元年三月十一日頒行至新約法產生失效至五年六月十九日恢復至中華民國憲法頒行後失效

新約法

民國三年五月一日頒行至五年六月十九日失效

中華民國憲法

民國十二年十月十日頒行至十四年曹錕退位失效

訓政時期臨時約法

民國二十年六月一日頒行計八章八十九條

二　刑法部分

暫行新刑律

民國元年三月十日頒行至民國十七年刑法施行失效

新刑律施行細則

民國元年八月八日頒行與新刑律同時失效

沒收物品處分規則

民國三年四月十一日頒行至十年八月五日修正計七條

暫行刑律補充條例

民國三年十二月二十四日頒行廣東軍政府於十一年二月十七日明令廢止僅在北政府管轄區域援用至北政府取銷完全失效

科刑標準條例

民國九年十月二十一日頒行至刑法頒行時與新刑律同時失效

中華民國刑法

民國十七年三月十日公布九月一日施行計總則十四章分則三十四章共三百八十七條

中華民國刑法施行條例

民國十七年六月九日公布與刑法同時施行計十一條

三　刑法特別法部分

前清番例條例

前清番例條例頒行於清世宗雍正十一年專用以治蒙古西藏及苗人者民國三年大理院函准司法部繼續有效十八年國民政府亦通令准予援用

前清理藩院則例

此亦爲前淸之法制專用以治蒙古旗盟及青海西藏等人者包函民事刑事等一切法令民國

四年司法部刪除與民國國體牴觸者三條其餘批准一體繼續有效至十八年國民政府又令准援用

禁革買賣人口條例

此爲前清宣統時公布施行民國成立繼續有效至民國十年廣東軍政府頒行販運人口出國治罪條例失效其在北政府管轄區域者至北政府取銷時失效

戒嚴法

民國元年十二月十五日頒行至十五年七月二十九日戒嚴條例頒行失效

陸軍懲罰令

民國二年四月一日頒行至十九年十月七日陸海空軍懲罰令頒行失效

嗎啡治罪條例

民國三年四月十一日公布施行至九年十二月另頒修正嗎啡治罪法草案後失效至修正嗎啡治罪法草案至國民政府成立後十七年九月十七日公布之禁烟法而失效

禁種罌粟條例

民國三年五月五日頒行至十七年禁烟法頒行時失效

海軍懲罰令

民國三年七月九日頒行至十九年十月七日與陸軍懲罰令同時失效

懲治盜匪法

民國三年十一月二十七日頒行八年十一月二十七日修正至十六年十一月十八日懲治盜

匪暫行條例頒行失效

懲治盜匪法施行法

民國三年十二月六日頒行至十六年與懲治盜匪法同時失效

私鹽治罪法

民國三年十二月二十二日頒行計十條

陸軍刑事條例

民國四年三月十八日頒行七年及十年均有修正至十八年九月二十五日陸海空軍刑法頒行失效

海軍刑事條例

民國五年四月七日頒行七年修正至十八年與陸軍刑事條例同時失效

官吏犯贓治罪條例

民國十年三月二十九日頒行有效期間爲三年期滿失效

販運人口出國治罪條例

民國十年五月四日由廣東軍政府頒行至十七年刑法頒行時失效

槍斃規則

民國十五年五月二十四日頒行計七條

戒嚴條例

民國十五年七月二十九日頒行計十一條

黨員背誓罪條例

民國十五年九月二十二日頒行計八條

懲治土豪劣紳條例

民國十七年八月十八日頒行至十七年七月十六日修正計十二條

懲治盜匪暫行條例

民國十六年十一月十八日頒行計十二條

暫行反革命治罪法

民國十七年三月九日頒行至二十年三月危害民國緊急治罪法頒行失效

處理逆產條例

民國十七年七月十七日頒行十八年十一月二十三日修正計十條

特別刑事法令刑等計算標準條例

民國十七年八月二十五日公布九月一日施行計七條

禁烟法

民國十七年九月十七日頒行至十八年七月二十五日重訂公布施行計二十二條

禁烟法施行條例

民國十七年九月十七日頒行至十九年二月十日因禁烟法施行規則頒布失效

共產黨人自首法

民國十七年十月二十日頒行計九條

軍用槍砲取締條例

民國十七年十月二十五日頒行計四條

陸海空軍刑法

民國十八年九月二十五日頒行計一百十九條

禁烟法施行規則

民國十九年二月十日頒行計二十五條

陸海空軍懲罰法

民國十九年十月七日頒行計四十九條

危害民國緊急治罪法

民國二十年一月三十一日公布三月一日施行計十一條

危害民國緊急治罪法施行條例

民國二十年三月九日頒行至四月十八日修正計七條

鹽法

民國二十年五月三十日公布計三十九條

四　民法部分

大清現行刑律

此本前清刑法但其中包括民商等法規甚衆如戶役田宅婚姻錢債市廛犯姦等各條皆有民商法之性質民國成立後以民法未經頒行令准關於民事部分仍援用大清現行律以後民法

頒行陸續停止至二十年五月五日全部民法頒行失效

清理不動產典當辦法

民國四年十月六日頒行至十九年五月五日民法第三編頒行失效

管理寺廟條例

民國四年八月十日頒行以代民國二年六月二十日內務部呈准施行之寺廟管理暫行規則其後十年五月二十日修正十八年一月國民政府重行修訂頒行至十二月七月監督寺廟條例頒行失效

著作權法

民國四年十一月七日頒行至十七年五月十四日國民政府重行修訂頒行計四十條

募工承攬取締規則

民國七年四月二十一日頒行至十九年五月五日民法第二編頒行失效

法律適用條例

民國七年八月五日頒行計二十七條

著作權法施行細則

民國十七年五月十四日頒行計十五條

民法第一編總則

民國十八年五月二十三日公布十月十日施行共七章一百五十二條

監督慈善團體法

民國十八年六月十二日公布十月十五日施行計十四條

已嫁女子追溯繼承財產施行細則

民國十八年八月十九日頒行至二十年五月五日民法第五編頒行失效

民法總則施行法

民國十八年九月二十四日公布十月十日施行計十九條

民法第二編債

民國十八年十一月二十二日公布十九年五月五日施行計二章六百四條

民法第三編物權

民國十八年十一月三十日公布十九年五月五日施行計十章二百十條

監督寺廟條例

民國十八年十二月七日頒行計十三條

民法債編施行法

民國十九年二月十日公布五月五日施行計十五條

民法物權編施行法

民國十九年二月十日公布五月五日施行計十六條

民法第四編親屬

民國十九年十二月二十六日公布二十年五月五日施行計七章一百七十一條

民法第五編繼承

民國十九年十二月二十六日公布二十年五月五日施行計三章八十條

民法親屬編施行法

民國二十年一月二十四日公布五月五日施行計十五條

民法繼承編施行法

民國二十年一月二十四日公布五月五日施行計十一條

五　民法特別法部分（農工商法）

公司條例

民國三年一月十三日公布九月一日施行三年及十二年皆有修正至二十年七月一日公司法頒行失效

商人通例

民國三年三月二日公布九月一日施行計七十三條民法頒行後除民法中已有規定者外餘仍援用

公司條例施行細則

民國三年七月十九日公布九月一日施行至二十年與公司條例同時失效

商人通例施行細則

民國三年七月十九日公布九月一日施行計十四條民法施行後除民法中已有規定者外餘仍援用

商業註冊規則

民國三年七月十九日公布九月一日施行至十六年註冊條例施行失效

公司註冊規則

民國三年七月十九日公布九月一日施行十二年五月七日修正至十六年註冊條例施行與商業註冊規則同時失效

商業註冊規則施行細則

民國三年八月十七日頒行至十七年二月二十日商號註冊施行細則頒行失效

公司註冊規則施行細則
民國三年八月十七日頒行十二年五月七日修正至十六年與公司註冊規則同時失效
證劵交易所法
民國三年十二月二十九日頒行至十九年六月一日交易所法施行失效
證劵交易所法附屬規則
民國四年五月十日頒行至十九年與證劵交易所法同時失效
證劵交易所法施行細則
民國四年五月二十五日頒行至十六年與證劵交易所法同時失效
長途汽車公司條例
民國七年七月二十九日頒行至十九年六月十九日國民政府重行修訂計二十一條
物品交易所條例
民國十年三月五日頒行至十九年六月一日交易所法施行失效

物品交易所條例附屬規則

民國十年四月十六日頒行十九年與物品交易所條例同時失效

物品交易所條例施行細則

民國十年四月十八日頒行十九年與物品交易所條例同時失效

商標法

民國十二年五月三日頒行十四年廣東國民政府頒行修正商標條例失其效力至十九年五月六日政府又重行頒訂商標法至二十年一月一日施行將修正商標條例廢止計四十條

商標法施行細則

民國十二年五月八日頒行至十四年廣東國民政府頒行修正商標條例施行細則失其效力至十九年十二月三十日重訂頒布二十年一月一日施行將修正商標條例施行細則廢止計四十條

佃農保護法

民國十六年五月十日頒行至十九年五月五日民法第三編頒行失效

註冊條例

民國十六年十一月十九月頒行至十七年註冊暫行規則施行失效

商號註冊施行細則

民國十七年二月二十日頒行計三十二條

勞資爭議處理法

民國十七年六月九日頒行至十九年團體協約法頒行失效

公司註冊暫行規則

民國十七年十二月十日頒行至二十年七月一日公司登記規則施行失效

度量衡法

民國十八年二月十六日公布十九年一月一日施行計二十一條

度量衡法施行細則

民國十八年四月公布十九年一月一日施行計六十四條

交易所法

民國十八年十月三日公布十九年六月一日施行計五十八條

票據法

民國十八年十月三十日頒行計一百三十九條

漁業法

民國十八年十一月十一日公布十九年七月一日施行計四十九條

工廠法

民國十八年十二月二十四日公布二十年八月一日施行計七十七條

公司法

民國十八年十二月二十六日公布二十年七月一日施行計二百三十三條

海商法

民國十八年十二月三十日公布二十年七月一日施行計一百七十四條

保險法

民國十八年十二月三十日公布計八十二條

交易所法施行細則

民國十九年三月一日公布六月一日施行計四十條

漁業法施行規則

民國十九年六月二十八日公布七月一日施行二十年三月四日修正計四十條

土地法

民國十九年六月三十日公布計三百九十七條

票據法施行法

民國十九年七月一日頒行計二十條

漁業登記規則

民國十九年八月三十日頒行計二十八條

漁業登記規則施行細則

民國十九年九月二十日頒行計三十五條

團體協約法

民國十九年十月二十八日頒行計三十一條

海商法施行法

民國十九年十一月二十五日公佈二十年七月一日施行計九條

船舶法

民國十九年十二月四日公佈二十年七月一日施行計四十三條

船舶登記法

民國十九年十二月五日公佈二十年七月一日施行計六十八條

工廠法施行法

民國十九年十二月十六日公佈二十年八月一日施行計三十八條

公司法施行法

民國二十年二月二十一日公佈七月一日施行計三十三條

公司登記規則

民國二十年六月三十日公佈七月一日施行計四十六條

六　行政法部分

國籍法

民國元年十一月十九日頒行三年十二月三十日修正至十八年二月五日國民政府重行修訂計二十條

官吏服務令

民國二年一月九日頒行至二十年六月二日官吏服務規程頒行失效

商事公斷處章程

民國二年一月二十八日頒行二年三年十三年十五年四次修正計三十九條

行政執行法

民國二年四月二日頒行三年八月三十日修正計十一條

國籍法施行規則

民國二年十一月四日頒行四年二月十三日修正至十八年二月十五日國籍法施行條例頒行失效

治安警察法

民國三年三月二日頒行至十年一月十九日廣東軍政府明令廢止及國民政府統一全國失效

行政訴訟法

民國三年七月二十日頒行五年因肅政院廢止曾有修正今日雖未明令廢止然以受理行政訴訟機關尙未成立因無形失效

訴願法
民國三年七月二十日頒行至十九年三月二日國民政府重行修訂計十四條
懲戒法
民國三年八月二十九日頒行計十四條
狩獵法
民國三年九月一日頒行計十四條
商會法
民國三年九月十一日頒行四年修正至十八年八月十五日國民政府重行修訂計四十四條
商事公斷處辦事細則
民國三年九月二十一日頒行三年八年十一年十三年十五年均有修正計六十條
商會法施行細則
民國三年十一月二十七日頒行五年修正至十八年十一月十三日國民政府重行修訂計四

十四條

出版法

民國三年十二月四日頒行至十九年十二月十六日國民政府重行修訂計四十四條

司法官懲戒法

民國四年十月十五日頒行十七年法官懲戒暫行條例頒行失效

違警罰法

民國四年十一月七日頒佈前此本用前淸違警律至此廢止改用違警罰法至十七年七月二十一日國民政府重行修訂計五十三條

工商同業公會規則

民國七年四月三十七日頒行至十八年八月十七日工商同業公會法頒行失效

縣知事辦理命盜案限期及懲奬規則

民國八年十一月三日頒行計二十九條

漁會暫行章程

民國十一年九月十六日頒行至十九年七月一日漁會法頒行失效

農會規程

民國十二年五月十九日頒行至十七年七月二十六日農民協會組織條例頒行失效

農會規程施行細則

民國十二年五月十九日頒行至十七年與農會規程同時失效

懲治官吏法

民國十五年二月十七日頒行至二十年六月八日公務員懲戒法頒行失效

法官懲戒暫行條例

民國十七年五月十二日頒行計十八條

農民協會組織條例

民國十七年七月二十五日頒行計二十五條

土地征收法

民國十七年七月二十八日頒行計四十九條

國籍法施行條例

民國十八年二月十五日頒行計十二條

工商同業公會法

民國十八年八月十七日頒行計十五條

工會法

民國十八年十月二十一日公布十一月一日施行計五十三條

公務員懲戒法

民國二十年六月八日頒行計二十八條

出版法施行細則

民國二十年六月七日頒行計二十五條

七　法院組織法部分

法院編制法

前清宣統元年奏准民國四年六月二十日頒行計一百六十四條國民政府改組法院後通令除與現行法院組織有牴觸外仍准援用

高等以下各級審判廳試辦章程

前清光緒三十三年奏准民國四年五月頒行同年十二月兩次修正又補訂章程八項至十一年七月一日民刑事訴訟條例頒行失效

縣知事兼理司法暫行條例

民國三年四月六日頒行計十三條

暫行各縣地方分庭組織法

民國六年四月二十二日頒行計十四條

縣司法公署組織章程

民國六年五月一日頒行十二年四月三日修正計二十一條

捕獲審檢廳條例

民國六年十月三十日頒行計三十六條

東省特別區域法院編制條例

民國九年六月三十一日頒行六年二月三日修正計十三條

東省特別法院配置檢察官辦事權限大綱

民國九年十一月十三日頒行計七條

縣知事審理訴訟暫行章程

民國十二年三月三十日頒行計四十四條

最高法院組織暫行條例

民國十六年十一月二十五日頒行至十七年十一月十七日最高法院組織法頒行失效

特種刑事臨時法庭組織條例

民國十六年十二月一日頒行十七年修正三次至十一月二十七日頒發取消命令卽行廢止

甘肅法院試辦巡迴審判章程

民國十七年六月二日頒行計十條

最高法院組織法

民國十七年十一月十七日頒行十八年修正計十四條

國民政府司法院統一解釋法令及變更判例規則

民國十八年一月四日頒行計十一條

武漢臨時商事法庭條例

民國十八年六月十二日頒行至十九年三月一日期滿失效

八　司法行政法部分

檢察廳調度司法警察章程

前淸宣統二年奏准施行民國三年四月四日修正計八十八條

法院旁聽規則

民國元年六月二十四日頒行計八條

律師暫行章程

民國元年九月十六日頒行二年五年六年九年十年歷次修正至十六年七月二十三日律師章程頒行失效

律師登錄暫行章程

民國元年九月十七日頒行五年六年兩次修正至十六年律師登記章程頒行失效

假釋管理規則

民國二年二月十五日頒行至十八年四月二十七日假釋管束規則頒行失效

解剖規則

民國二年十一月二十二日頒行十七年五月十五日解剖屍體規則頒行失效

監獄規則

民國二年十二月一日頒行十七年十月四日國民政府重行修訂計一百七條

律師懲戒會暫行規則

民國二年十二月二十七日頒行五年修正至十八年五月十一日律師懲戒委員會規則頒行失效

審理無領事裁判國人民民刑訴訟章程

民國八年五月二十三日頒行九年十月三十日修正計六條

大理院辦事章程

民國八年五月二十九日頒行九年十二月修正至十六年最高法院成立失效

高等審判廳辦事章程

民國八年八月八日公布十月一日施行國民政府成立後各省高等法院均各訂單行法規失效

高等檢察廳辦事章程

民國八年八月公布十月一日施行國民政府成立後各省高等法院均各訂有單行法規失效

審理無約國人民民刑訴訟須知

民國八年十月二十三日頒行計十一條

總檢察廳辦事章程

民國九年四月五日公布五月一日施行十六年最高法院成立失效

高等地方各審檢廳繕狀處規則

民國九年四月二十八日頒行計三十一條

訴訟狀紙規則

民國九年六月二十日公布七月一日施行至十六年十二月十四日國民政府重行頒訂再至十八年二月十四日司法狀紙規則頒行失效

無領事裁判權國律師出庭暫行章程

民國七年十二月二十四日頒行十一年二月二十五日修正計六條

感化學校暫行章程

民國十一年二月二十日頒行計六條

登記通例

民國十一年五月二十一日頒行計二十九條

不動產登記條例

民國十一年五月二十一日公布分三期施行至十二年一月一日全國一體施行計一百五十二條

不動產登記條例施行細則

民國十一年八月二十四日公布施行日期同不動產登記條例計七十三條

律師章程

民國十六年七月二十三日頒行計三十八條

律師登錄章程

民國十六年七月二十三日頒行計七條

各省高等法院院長辦事權限暫行條例

民國十六年十二月一日頒行十七年二月二十三日修正計十條

各省高等法院檢察官辦事權限暫行條例

民國十六年十二月十三日頒行十七年二月二十三日修正計十七條

地方法院院長辦事權限暫行條例

民國十六年十二月十三日頒行計十條

地方法院檢察官辦事權限暫行條例

民國十六年十二月十三日頒行十七年二月二十三日修正計十七條

解剖屍體規則

民國十七年五月十五日頒行十二月二十日修正計十三條

看守所暫行規則

民國十七年七月十四日頒行計五十條

司法狀紙規則

民國十八年二月十四日頒行計十二條

最高法院處務規程

民國十八年二月十六日頒行計四十二條

解釋管束規則

民國十八年四月二十九日頒行計二十條

最高法院檢察署處務規程

民國十八年五月四日頒行計三十六律

律師懲戒委員會規則

民國十八年五月十一日頒行計二十八條

法人登記規則

民國十八年十二月二日頒行計三十五條

反省院條例

民國十八年十二月二日頒行計十三條

九　刑事訴訟法部分

刑事訴訟律草案管轄各節

民國元年五月九日頒行至十一年刑事訴訟條例頒行失效

覆判章程

民國三年七月三日頒行初本十一條經四次修正爲十二條至十一年再行修正爲十七條至十七年覆判暫行條例頒行失效

私訴暫行規則

民國三年九月十五日頒行至十一年刑事訴訟條例頒行失效

刑事訴訟審限規則

民國四年一月二十一日公布三月一日施行七年六月五日修正計十六條

陸軍審判條例

民國四年三月二十五日頒行七年十年二次修正至十七年國民革命軍審判條例頒行失效

刑事訴訟律草案再理各條

民國四年八月十九日頒行至十一年刑事訴訟條例頒行失效

檢察職務應行注意事項

民國四年十一月二十二日頒行至十一年刑事訴訟條例頒行失效

陸軍審判條例

民國七年五月二十一日頒行至十九年三月二十四日陸海空軍審判法頒行失效

處刑命令暫行條例

民國九年十月二十八日公布十年一月一日施行計十一條

監犯保釋暫行條例

民國九年十二月七日頒行計十一條

刑事訴訟律

民國十年三月二日廣東軍政府公布五月二日施行至十七年九月一日刑事訴訟法頒行失效

刑事訴訟律施行細則

民國十年四月十三日廣東軍政府公布五月二日施行二十五日修正至十七年九月一日刑事訴訟法施行條例頒行失效

刑事訴訟條例

民國十年十一月四日公布先行東省特別區十一年七月一日全國施行至十七年九月一日刑事訴訟法頒行失效

刑事訴訟條例施行條例

民國十年十一月四日公布先行東省特別區十一年七月一日全國施行至十七年九月一日

與刑事訴訟條例同時失效

刑事簡易程序暫行條例

民國十一年一月二十五日頒行至十七年九月一日刑事訴訟法頒行失效

刑事訴訟費用負担準則

民國十一年九月六日頒行至十七年九月一日刑事訴訟法頒行失效

國民革命軍陸軍審判條例

民國十七年二月十七日頒行至十九年三月二十四日陸海空軍審判法頒行失效

審理烟案簡易程序

民國十七年四月二日頒行至十九年十二月三十一日廢止

刑事訴訟法

民國十七年七月二十八日公布九月一日施行計五百十三條

刑事訴訟法施行條例

民國十七年七月二十八日公布九月一日施行計十七條

覆判暫行條例

民國十七年九月十九日頒行計十七條

反革命案件陪審暫行法

民國十八年八月十七日頒行十二月三十一日修正計二十八條

反革命案件陪審暫行法施行細則

民國十八年七月十三日頒行計十二條

陸海空軍審判法

民國十九年三月二十四日頒行計五十六條

十　民事訴訟法部分

民事訴訟律草案管轄各節

民國元年五月九日頒行至十一年七月一日民事訴訟條例施行失效

華洋訴訟辦法

民國二年三月六日頒行計三條

查封動產暫行辦法

民國二年十月三十日頒行至九年八月三日民事訴訟執行規則頒行失效

拍賣動產暫行簡章

民國二年十二月二日頒行至九年八月三日民事訴訟執行規則頒行失效

民事非常上告暫行條例

民國三年四月三日頒行至十一年七月一日民事訴訟條例頒行失效

大理院民事訟費則例

民國三年四月十一日公布十五日施行十年三月三十日修正六月一日施行至十一年七月一日民事訴訟條例頒行失效

京師地審廳不動產執行規則

民國三年七月十四日頒行至九年八月三日民事訴訟執行規則頒行失效
京師地審廳拘押民事被告人暫行規則
民國三年七月十四日頒行後通行全國至十七年七月十四日管收民事被告人規則頒行失效
發售民事訴訟印紙章程
民國四年十月二日頒行至七年七月訴訟費用征收細則頒行失效
訴訟費用規則
民國九年六月二十日頒行十年二月十四日修正三月一日施行至十一年六月二十九日修正七月一日施行計二十一條
訴訟費用征收細則
民國九年七月一日頒行至十一年司法印紙規則頒行失效
民事訴訟執行規則

民國九年八月三日頒行十四年一月二十三日及十一月四日兩次修正計一百三十八條

民事簡易程序暫行條例

民國九年十一月十八日公布十年一月一日施行至七月一日民事訴訟條例頒行失效

民事訴訟律

民國十年三月二日廣東軍政府公布五月二日施行令粵桂川滇黔湘鄂七省仍予援用計八百條

民事訴訟律施行細則

民國十年四月十三日廣東軍政府公布五月二日施行二十五日修正令粵桂等七省仍予援用計七條

民事訴訟條例

民國十年七月二十二日公布先行東省特別區十一年七月一日全國施行國民政府成立除粵桂川滇黔閩湘鄂七省外仍予有效計七百五十五條

民事訴訟條例施行條例

民國十年七月二十二日公布先行東省特區十一年七月一日全國施行今除粵桂等七省外仍予有效計八條

民事公斷暫行條例

民國十年八月八日頒行至十九年一月二十日民事調解法頒行失效

司法印紙規則

民國十一年六月二十九日公布八月一日施行十二年六月二十七日修正八月一日施行至十六年十二月十四日國民政府重行頒訂計十七條

民事調解法

民國十九年一月二十日公布二十年一月一日施行計十六條

非訟事件征收費用暫行規則

民國十九年五月三日頒行計八條

民事調解法施行規則

民國十九年十二月一日公布二十年一月一日施行計十四條

民事訴訟法

民國十九年十二月二十六日公布計六百條

以上所列十項。爲民國成立以來之司法法令。凡重要者。不問已否失效。或已否施行。皆一體羅入。其不關重要。或雖關重要而不涉於司法者。則概予割愛也。夫民國以來。所頒行之法令。亦已多矣。卽關於司法者。當亦不知其幾。上所列者。不過十分之一。且尙不免有掛一漏萬。而所分之項。或尙有未盡愜當之處。且其中不免有所混合。未及悉心細爲分目。但大端則或可不謬矣。

結論

中國法制史。至此告成矣。其中有欲申言者有三。其一、編輯之初。擬將每一時期。類別爲四。一爲根本法。一爲審判制度。一爲法典之編纂。一爲地方自治制度。然而根本法。在變動時期之前。可云絕無。上

溯唐虞。下至明淸。迨無一朝有根本法者。即會典亦不過爲一種官制。決不能謬附於根本法。而審判制度。亦甚簡單。除周代另設司法官外。自秦漢而下。皆以縣令州刺史及中央之廷尉決之。至明淸雖內有三法司。外有督撫按察道臺府州縣。然亦無甚組織。至言法典。則除刑法外。餘無別物。蓋民刑不分。公私莫辨。且以君主專制政體之故。一人而握有立法司法行政三大權。對於已成之法典。亦不妨隨時動搖。若地方自治制度。除周代稍有鄉里制及宋代王安石創保甲法外。亦絕無自治之可言。以此分類。不特在事實上不可能。即勉爲之。亦必比附塗飾。故僅爲時期之縱的分配。不再爲類別之橫的分配。純取狹義法制。專注意於刑法之變遷沿革。而不再爲廣義法制史。兼及於刑法外其他之一切法制。此申言者一也。其二、編者編輯此書之用意。純在觀察歷代法制嬗遞之迹象。以求其一時代之民情俗尙。蓋法制之生。必非偶然。大率隨民情俗尙而來。吾國五千年來。雖時有治亂。而倫常主義。實絲毫未有變動。即在今日大變動時期。而守舊者仍復不少。觀於淸末新舊之爭。即可見其一斑。故一部法制史。實可表顯吾國五千年來之民情俗尙。尙未脫禮治時代。所謂法制者。不啻禮教之附屬品。未言明刑。先言弼教。無論法制之內容如何變易。而其根本則一以貫之。故編者於此處處將其迹象顯露。以見吾國國民之習尙、

風俗、學說、思想。俾今之立法定制者。有以注意。此申言者又一也。其三、罪刑法定主義。已爲今日言刑法者所不可磨滅。而吾國昔日之執法者。則不如是。好以禮治之名。塗飾其人治之實。不先明法而先言情。其刑罰之輕重。不視其罪之大小。而唯論其情之得失。此雖不失爲一種人格主義。有時或足收感應之效。然司法者未必盡賢。加以刑訊之制。公然存在。則不肖者益得借此以售其姦。而司法又不能獨立。執法者縱公正不阿。有時亦不能不爲强有力者所屈伏。於是法治更不可得而實現。一部法制史中。實包含無數血淚。今既號稱民國。號稱法治。則凡不合於法治者。應一掃而空。無使淸代以上之汚點。再存留於今日號稱民國號稱法治之下。故編者於此。常用兢兢。更不惜發爲議論。以指陳其得失。此申言者又一也。夫法制史。亦史之一也。編史者。第一須有卓識。第二須博通古今中外。第三須文詞謹嚴。章實齋之文史通義。固已歷陳史之不易爲。且歷指歷來治史者之未盡善。編者既少學識。又愧才疏。而文詞蕪穢。更無足以行遠。明知此書之作。僅足供人覆瓿。且於史之體例。亦多未純。即言取材。亦僅注其意於縱的方面。不能以科學方法。爲橫的分析。故瀏覽一過。不覺其顙有泚。恨欲拉雜而摧燒之。然曠觀今日。敍中國法制史者。尙少其人。往往舍己之田。而耘人之田。對於本國固有之民情俗尙。全不理會。而只知襲取